

De “mededeling aan het publiek” in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie

Sari Depreeuw¹

A. Inleiding

1. Sinds de eerste richtlijn in het domein van het auteursrecht aangenomen werd in 1991, heeft de Europese wetgever de smaak van de harmonisatie te pakken en regelen zo’n 11 richtlijnen verschillende aspecten van het auteursrecht in de lidstaten van de Europese Unie. Dit enthousiasme voor het auteursrecht wordt gedeeld door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU), dat intussen al ontelbare arresten en beschikking heeft gevelde om de nationale rechters richtsnoeren te geven bij de interpretatie van deze Europese richtlijnen.

Vele prejudiciële vragen hebben precies betrekking op het recht van mededeling aan het publiek, een complex begrip dat in verschillende richtlijnen voorkomt en niet altijd dezelfde lading dekt.

De Europese harmonisatie van het auteursrecht is inderdaad stelselmatig verlopen. De eerste richtlijnen richtten zich op bijzondere vraagstukken binnen het auteursrecht: een bijzonder voorwerp (zoals de bescherming van computerprogramma’s² of databanken³), een bijzonder recht (verhuur of uitlening⁴, mededeling aan het publiek per satelliet of via kabel⁵) of andere aspecten (beschermingstermijn⁶). Pas met de Richtlijn Auteursrecht in de Informatiemaatschappij⁷ werd een “horizontale” richtlijn aangenomen, die in

¹ De auteur is advocate bij het kantoor DALDEWOLF en verbonden aan Universit  Saint-Louis Bruxelles, Vrije Universiteit Brussel (LSTS) en Radboud Universiteit Nijmegen (iCIS).

² Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *Pb. L* 122 17 mei 1991, (0042) , later vervangen door Richtlijn 2009/24/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *Pb. L* 111, 5 mei 2009, (16) (hierna Richtlijn Computerprogramma's).

³ Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtbescherming van databanken, *Pb. L* 077, 27 maart 1996, (0020) (hierna Databankrichtlijn).

⁴ Richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom *Pb. L* 346, 27 november 1992, (0061) , later vervangen door Richtlijn 2006/115/EG van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom (gecodificeerde versie), *Pb. L* 376, 27 december 2006, (28) (hierna Richtlijn Verhuurrecht).

⁵ Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel, *P.B. L* 248 van 6 oktober 1993, (15) (hierna Richtlijn Satelliet en Kabel).

⁶ Richtlijn 93/98/EEG van de Raad van 29 oktober 1993 betreffende de harmonisatie van de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten, *P.B. L* 290 van 24 november 1993, (9) , later vervangen door Richtlijn 2006/116/EG van 12 december 2006 betreffende de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten (gecodificeerde versie), *Pb. L* 372, 27 december 2006, (12) (hierna Richtlijn Beschermingstermijn).

⁷ Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, *Pb. L* 167 van 22 juni 2001, (10) (hierna Richtlijn Informatiemaatschappij). Zie ook J.-P. TRIAILLE, S. DUSOLLIER, S. DEPREEUW, J.-B. HUBIN, F. COPPENS & A. DE FRANQUEN, *Study on the application of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society*, Brussels, 2013, 585 http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/131216_study_en.pdf;

algemeen geformuleerde vermogensrechten, een lijst uitzonderingen en de bescherming van technische voorzieningen en elektronische informatie voorzag.

Verschillende aspecten van het mededelingsrecht werden al geregeld in de richtlijnen vòòr de Richtlijn Informatiemaatschappij: de definitie en de lokalisatie van het uitzendingsrecht per satelliet en de (collectieve) uitoefening van het recht van kabeldoorgifte in de Richtlijn Satelliet en Kabel, het uitzendings-, heruitzendings- en publiek mededelingsrecht voor houders van naburige rechten in de Richtlijn Verhuurrecht en de mededeling, voorstelling of demonstratie voor het publiek van (auteursrechtelijk beschermde) databanken in de Databankrichtlijn⁸. Het wetgevend kader van deze richtlijnen wordt elders in dit themanummer uitvoeriger omschreven.

2. In deze bijdrage zullen we onderzoeken hoe het HvJEU het recht van mededeling aan het publiek geïnterpreteerd heeft op basis van de verschillende richtlijnen en volgens de interpretatieregels die het vastgelegd heeft (sub B). We zullen het onderscheid maken tussen de bijzondere rechten van mededeling aan het publiek in de vroegere richtlijnen (sub C) en het algemeen recht van mededeling aan het publiek, zoals voorzien in de Richtlijn Informatiemaatschappij (sub D).

Terwijl noch de richtlijnen noch het HvJEU uitgaan van eenzelfde notie van "mededeling aan het publiek" (voor alle voorwerpen, alle technologieën of alle soorten van rechthebbenden) kunnen telkens wel twee elementen terug gevonden worden: (i) een mededeling en (ii) een publiek. De rijke rechtspraak van het Hof van Justitie heeft de basiselementen gestoffeerd en een aantal richtsnoeren geformuleerd voor de interpretatie van deze rechten. Tegelijkertijd worden de uitspraken geveld naar de omstandigheden van elke bijzondere zaak, waaraan voldoende aandacht besteed moet worden (eerder dan de uitspraken zonder meer te veralgemenen).

B. Algemene interpretatieregels

3. In de verschillende beslissingen rond het mededelingsrecht heeft het HvJEU een aantal interpretatieregels vooropgesteld, die hierna besproken worden.

4. **Interpretatie in het licht van internationale verdragen in het auteursrecht of de naburige rechten.** De unierechtelijke begrippen moeten zo veel mogelijk worden uitgelegd conform de internationale verdragen, zeker wanneer zij hiervan de uitvoering vormen (SGAE⁹, par. 35; FAPL¹⁰, par. 189).

Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society. Final Report. Part I. The Impact of Directive 2001/29/EC on Online Business Models, Amsterdam, Institute for Information Law, University of Amsterdam, 2007, http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/studies/studies_en.htm.

⁸ Zie voor een gedetailleerde bespreking :F. BRISON & S. DEPREEUW, "Het recht van mededeling aan het publiek" in J. CABAY, V. DELFORGE, V. FOSSOUL & M. LAMBRECHT (ed.), *20 ans de nouveau droit d'auteur - 20 jaar nieuw auteursrecht*, Limal, Anthemis, (te verschijnen), 69-117.

⁹ Arrest Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) t. Rafael Hoteles SA., 2006 C-306/05, ECLI:EU:C:2006:764, hierna « SGAE ».

¹⁰ Arrest Football Association Premier League, NetMed Hellas, Multichoice Hellas t. QC Leisure, David Richardson, AV Station, Malcolm Chamberlain, Michael Madden, SR Leisure, Philip George Charles Houghton, Derek Owen; Karen Murphy t. Media Protection Services, 2011, C-403/08 en C-429/08, ECLI:EU:C:2011:631, hierna « FAPL ».

De EU heeft een aantal internationale verdragen afgesloten, zoals de TRIPs-overeenkomst¹¹, WCT¹² en WPPT¹³. Deze instrumenten zijn dus bindend voor de EU instellingen en de lidstaten, maken een integrerend deel uit van de rechtsorde en zijn er van toepassing (Del Corso¹⁴, par. 38-39). De bepalingen van TRIPs en van het WPPT hebben evenwel geen horizontale werking en kunnen niet rechtstreeks ingeroepen worden door particulieren (Del Corso, par. 43-48).

De Richtlijn Informatiemaatschappij heeft als doel het WCT uit te voeren en op basis van artikel 1, lid 4 WCT dienen de verdragsluitende partijen te voldoen aan de artikelen 1 tot en met 21 van de Berner Conventie¹⁵; hetzelfde is voorzien in artikel 9, lid 1, TRIPs Overeenkomst (FAPL, par. 189). Indirect moet dus ook de Berner Conventie in acht genomen worden op Europees niveau.

Net zo heeft het Verdrag van Rome¹⁶ indirecte gevolgen voor de EU. De EU is geen partij is bij het Verdrag van Rome en volgens het HvJEU in *Del Corso* kan niet aangenomen worden dat de EU in de plaats getreden is van de lidstaten (temeer omdat niet alle lidstaten partij zijn). Bij gevolg maken de bepalingen van het Verdrag van Rome geen deel uit van de rechtsorde van de EU (Del Corso, par. 41-42). Evenwel heeft de EU het WPPT ondertekend dat bepaalt dat "niets in dit Verdrag een afwijking [inhoudt] van bestaande verplichtingen die de Verdragsluitende Partijen met elkaar zijn aangegaan krachtens het Internationaal Verdrag inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties, tot stand gekomen te Rome op 26 oktober 1961" (art. 1 WPPT).

Daarnaast gebruikt het HvJEU interpretatieve documenten van WIPO, zoals de Gids van de Berner Conventie, als bronnen aangezien zij kunnen "bijdragen aan de uitleggen van de conventie", alhoewel het HvJEU meteen aangeeft dat deze geen bindende rechtskracht hebben (SGAE, par. 41).

Verder moet er bij de harmonisering van de nationale wetgeving door middel van richtlijnen op gelet worden dat deze niet in strijd komt met de internationale verdragen waaraan zij onderworpen is, zoals dat het geval is met richtlijn Verhuurrecht (Del Corso, 53-54).

5. Eenvormige en autonome interpretatie van begrippen. Het gemeenschapsrecht moet eenvormig toegepast worden en overeenkomstig het beginsel van gelijke behandeling. Hieruit volgt dat de termen van een gemeenschapsrechtelijke bepaling, die voor de vaststelling van de betekenis en de draagwijdte niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, in de gehele Gemeenschap autonoom en op eenvormige wijze moeten worden uitgelegd (SGAE, par. 31). Dit is ook het geval voor de bepalingen van de Richtlijn Informatiemaatschappij.

¹¹ Overeenkomst 15 april 1994 inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (TRIPs-overeenkomst), B.S. 23 december 1994 (1172), hierna « TRIPs ».

¹² Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake auteursrecht (WCT), gedaan te Genève op 20 december 1996, B.S. 18 augustus 2006, (41206), hierna « WCT ».

¹³ Verdrag van de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom inzake uitvoeringen en fonogrammen (WPPT), gedaan te Genève op 20 december 1996, B.S. 18 augustus 2006, (41212), hierna "WPPT".

¹⁴ Arrest Società Consortile Fonografici (SCF) tegen Marco Del Corso, 2012, C-135/10, ECLI:EU:C:2012:140, hierna « Del Corso ».

¹⁵ Conventie van Bern voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst van 24 juli 1971, B.S. 10 november 1999, (41901)

¹⁶ Internationaal verdrag van 26 oktober 1961 inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties (Conventie van Rome), B.S. 10 november 1999, (41892).

Het mededelingsrecht in de Richtlijn Informatiemaatschappij kan dan ook niet ruimer ingevuld worden in de nationale wetgeving van de lidstaten (Svensson¹⁷, par. 33 e.v.). Wanneer geoordeeld wordt dat het aanbrengen van hyperlinks naar werken, oorspronkelijk gepost op vrij toegankelijke webpagina's, geen bijkomende mededeling aan het publiek oplevert onder de richtlijn, dan kan de nationale auteurswet hiervoor ook geen bescherming bieden. De bedoeling is namelijk om de verschillen tussen de nationale wetgeving en de rechtsonzekerheid uit de weg te ruimen – een doel dat niet bereikt zou worden als de lidstaten toch een ruimere bescherming kunnen toekennen dan wat onder het geharmoniseerde mededelingsrecht valt (Svensson, par. 34). Dit toelaten zou ook de werking van de interne markt aantasten (Svensson, par. 35).

Omgekeerd mag de nationale wetgever wel een exclusief recht voorzien voor omroeporganisaties dat ruimer is dan het beschikbaarstellingsrecht dat in Artikel 3(2) Richtlijn Informatiemaatschappij wordt geharmoniseerd en dat b.v. het live uitzenden van sportevenementen op internet omvat (tenminste voor zover dergelijke uitzending de bescherming van het auteursrecht onverlet laat) (C More Entertainment¹⁸, par. 37).

6. Streven naar coherentie van de begrippen in de richtlijnen betreffende de intellectuele eigendom. De begrippen in een richtlijn moeten uitgelegd worden in het licht van de andere richtlijnen inzake intellectuele eigendom, om de eenheid en de samenhang van de rechtsorde van de EU te bewaren (Airfield¹⁹, par. 44). Zo moet de regels in de Richtlijn Satelliet en Kabel in het licht van de Richtlijn Informatiemaatschappij begrepen worden (Airfield, par. 44) en moet bij de interpretatie van de Richtlijn Informatiemaatschappij gelet worden op de bepalingen van de Richtlijn Verhuurrecht (FAPL, par. 187-188).

7. Bewoording, context en doelstelling. De bepalingen van het gemeenschapsrecht moeten uitgelegd worden rekening houdend met de bewoordingen, met de context en de doelstellingen die de regeling nastreeft (SGAE, par. 34; Circu²⁰, par. 33).

Aan het begrip "mededeling aan het publiek" moet zo een ruime betekenis gegeven worden. Dit wordt uitdrukkelijk bepaald in de consideransen van de Richtlijn Informatiemaatschappij (cons. 23) maar is ook noodzakelijk om "de belangrijkste doelstelling van deze richtlijn te bereiken, die, zoals uit de negende en de tiende overweging van de considerans ervan blijkt, erin bestaat een hoog beschermingsniveau voor onder meer de auteurs te verwezenlijken, zodat dezen met name bij een mededeling aan het publiek een passende beloning voor het gebruik van hun werk kunnen ontvangen" (SGAE, par. 36; zie ook FAPL, par. 186; ITV²¹, par. 20).

¹⁷ Arrest Nils Svensson, Sten Sjögren, Madelaine Sahlman, Pia Gadd t. Retreiver Sverige AB, 2014, C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76, hierna « Svensson ».

¹⁸ Arrest C More Entertainment AB t. Linus Sandberg, 2015, C-279/13, ECLI:EU:C:2015:199, hierna « C More Entertainment ».

¹⁹ Arrest Airfield NV, Canal Digitaal BV t. Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (Sabam) en Airfield NV t. Agicoa Belgium BVBA, 2011, C-431/09 en C-432/09, ECLI:EU:C:2011:648, hierna « Airfield ».

²⁰ Arrest Circul Globus București (Circ & Variete Globus București) t. Uniunea Compozitorilor și Muzicologilor din România – Asociația pentru Drepturi de Autor (UCMR – ADA), 2011, C-283/10, ECLI:EU:C:2011:772, hierna « Circu ».

²¹ Arrest ITV Broadcasting Ltd, ITV 2 Ltd, ITV Digital Channels Ltd, Channel 4 Television Corporation, 4 Ventures Ltd, Channel 5 Broadcasting Ltd, ITV Studios Ltd t. TVCatchup Ltd, 2013, C-607/11, ECLI:EU:C:2013:147, hierna « ITV ».

C. Specifieke mededelingsrechten in EU

8. De eerste beslissingen van het HvJEU in zaken betreffende de bijzondere rechten van mededeling aan het publiek werden uitgesproken onder de richtlijnen die de Richtlijn Informatiemaatschappij voorafgingen. De bijzondere rechten van mededeling aan het publiek blijven bestaan (zoals de "uitzending" in de Richtlijn Verhuurrecht) en worden niet door het algemene recht van mededeling aan het publiek vervangen. Dit levert een complexe situatie op, aangezien de bijzondere rechten op een eigen manier afgelijnd moeten worden, een eigen doelstelling nastreven en eigen juridische gevolgen tot stand brengen.

Zoals sub A aangegeven werd, worden verschillende specifieke mededelingsrechten geharmoniseerd in vroegere richtlijnen. We zullen de beslissingen van het HvJEU onder die richtlijnen hier verder onderzoeken.

Tot op heden heeft het HvJEU nog geen vragen beantwoord rond het mededelingsrecht onder de Richtlijnen Computerprogramma's en Databanken. De rechten in de Richtlijn Satelliet en Kabel en Verhuurrecht zijn wel al aan orde gekomen.

9. **Computerprogramma's.** De Richtlijn Computerprogramma's voorziet geen recht van mededeling aan het publiek voor computerprogramma's²². Wel heeft het HvJEU zich al uitgesproken over de publieke mededeling van de gebruikersinterface van een computerprogramma in een televisie-uitzending, maar de juridische basis hiervoor was de Richtlijn Informatiemaatschappij (*infra sub* nr. 35)²³. Het ontbreken van een recht van mededeling aan het publiek in de Richtlijn Computerprogramma's heeft het voor het HvJEU trouwens mogelijk gemaakt om de on demand transmissie van computerprogramma's via het internet te kwalificeren als een "distributie" onder de Richtlijn Computerprogramma's (en bijgevolg beperkt door het uitputtingsprincipe), eerder dan als een beschikbaarstelling aan het publiek onder de Richtlijn Informatiemaatschappij (dat niet uitgeput wordt door de eerste publieke mededeling met de toestemming van de rechthebbende)²⁴.

Databanken. Met betrekking tot databanken heeft het HvJEU al verschillende uitspraken gedaan rond het producentenrecht²⁵, maar het mededelingsrecht op auteursrechtelijk beschermde databanken heeft het Hof tot op heden nog niet onderzocht. De Richtlijn Databanken voorziet nochtans een recht van mededeling, voorstelling of demonstratie voor het publiek van dergelijke databanken (art. 5, d DBR)²⁶.

²² De exploitatie en verdeling van computerprogramma's aan een publiek op afstand was nog niet aan de orde wanneer de Richtlijn Computerprogramma's in 1991 werd aangenomen.

²³ Arrest *Bezpečnostní softwarová asociace - Svaz softwarové ochrany* t. Ministerstvo kultury, 2010, C-393/09, ECLI:EU:C:2010:816, hierna "BSA".

²⁴ Arrest *UsedSoft GmbH* t. *Oracle International Corp.*, 2012, C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407.

²⁵ Arrest *The British Horseracing Board Ltd* e.a. t. *William Hill Organization Ltd.*, 2004, C-203/02, ECLI:EU:C:2004:695 en andere arresten van dezelfde datum; Arrest *Directmedia Publishing GmbH* t. *Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*, 2008, C-304/07, ECLI:EU:C:2008:552; Arrest *Football Dataco Ltd* e.a. t. *Sportradar GmbH* en *Sportradar AG*, 2012, C-173/11, ECLI:EU:C:2012:642; Arrest *Innoweb BV* tegen *Wegener ICT Media BV* en *Wegener Mediaventions BV*, 2013, C-202/12, ECLI:EU:C:2013:850.

²⁶ Er werd al snel op gewezen dat de inhoud van deze bepaling niet helemaal duidelijk was (wanneer we in gedachte houden dat het de auteursrechtelijke bescherming van de structuur van de databank en niet de inhoud ervan betreft): P. B. HUGENHOLTZ, "Database Dir." in T. DREIER & P. B. HUGENHOLTZ (ed.), *Concise European Copyright Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2006, 323. Dat hierover nog geen

1. Het mededelingsrecht in de Richtlijn Satelliet en Kabel

10. In de Richtlijn Satelliet en Kabel worden twee bijzondere vraagstukken betreffende twee bijzondere mededelingsrechten aangekaart in een poging een eengemaakte audiovisuele markt tot stand te brengen²⁷. Twee exploitatiewijzen voor televisieprogramma's werden zo onder handen genomen: enerzijds de satellietomroep en anderzijds de gelijktijdige doorgifte per kabel.

De Richtlijn Satelliet en Kabel gaat het algemene recht van mededeling aan het publiek vooraf en voorziet meer gedetailleerde definities voor zowel de satellietuitzending als voor de kabeldoorgifte. Anders dan voor het algemene mededelingsrecht, bevatten deze definities wel verwijzingen naar de technologie (satelliet, kabel of microgolf) en, impliciet, de toen gangbare exploitatiewijze (door de verwijzing naar de betrokken actoren (omroeporganisatie, kabeloperator), de gelijktijdige en ongewijzigde doorgifte,...).

Het Hof van Justitie heeft al verschillende arresten uitgesproken betreffende deze richtlijn, die ook relevant zullen blijken voor het algemene recht van mededeling aan het publiek.

11. **Satellietomroep.** De Richtlijn regelt enerzijds de televisie-uitzendingen per satelliet, die vanwege de technische eigenschappen van satellietuitzendingen meer dan één Europese lidstaat beslaan.

Eerder dan er van uit te gaan dat in elke lidstaat waar de uitzending ontvangen kan worden een uitzending tot stand komt (waarvoor de rechten dan onderhandeld moeten worden), wordt vastgesteld dat de satellietuitzending in één lidstaat (het oorsprongsland) plaats heeft en moet alleen daar de toestemming van de rechthebbenden verkregen worden. Het territorialiteitsbeginsel van het auteursrecht wordt zo overstegen door de combinatie van twee principes: de definitie van de beschermde handeling (de mededeling aan het publiek per satelliet) en de lokalisatie van deze handeling in één lidstaat²⁸.

Met deze bijzondere doelstelling werd een definitie van de "mededeling aan het publiek per satelliet" in de richtlijn opgenomen, met name "een handeling waarbij de programma-dragende signalen voor ontvangst door het publiek onder controle en verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie worden ingevoerd in een ononderbroken mededelingenketen die naar de satelliet en terug naar de aarde loopt" (art. 1(2)(a) Richtlijn Satelliet en Kabel).

Deze definitie bevat verschillende elementen: (i) invoer van signaal in een ononderbroken mededelingsketen naar de satelliet en terug naar de aarde (ii) van programma-dragende signalen, die bedoeld zijn voor het publiek en dit alles (iii) onder de controle en de verantwoordelijkheid van de omroeporganisatie.

prejudiciële vragen gesteld werden, zou kunnen betekenen dat dit recht volkomen duidelijk is of dat het in de praktijk weinig relevantie heeft.

²⁷ De Europese Commissie heeft een publieke consultatie over de wijziging, zelfs uitbreiding, van de principes in de Richtlijn Satelliet en Kabel georganiseerd : Consultation on the review of the EU Satellite and Cable Directive (From 24/08/2015 to 16/11/2015), <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/consultation-review-eu-satellite-and-cable-directive>.

²⁸ P. B. HUGENHOLTZ, "SatCab Revisited: The Past, Present and Future of the Satellite and Cable Directive", *IRIS Plus* 2009, 8 (7) 7-19; P. B. HUGENHOLTZ, "The Last Frontier: Territoriality" in M. VAN EECHOUD, P. B. HUGENHOLTZ, S. VAN GOMPEL, L. GUIBAULT & N. HELBERGER (ed.), *Harmonizing European Copyright Law: The Challenges of Better Lawmaking*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, 307-325; TRIAILLE, DUSOLIER, DEPREEUW, HUBIN, COPPENS & DE FRANQUEN, Study on the application of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society, 59 et s.

Indien de satelliet signalen worden doorgegeven op een niet-publieke frequentie, dan kan er toch een mededeling aan het publiek zijn indien de ontvangst mogelijk is alsof het signaal op een publieke frequentie uitgezonden werd (art. 1(2)(c) Richtlijn Satelliet en Kabel).

12. **Publiek.** Een eerste arrest inzake satellietomroep heeft het HvJEU uitgesproken in de zaak *Lagardère*²⁹. Het belang van dit arrest ligt in de definitie van het "publiek" die het Hof heeft aangenomen en die in de opeenvolgende zaken rond het mededelingsrecht (ook onder andere richtlijnen dan de Richtlijn Satelliet en Kabel) overgenomen werd.

De vraag was of er een "mededeling aan het publiek per satelliet" vastgesteld moest worden wanneer een Franse omroeporganisatie (*Lagardère*) de programma's per satelliet naar haar eigen grondstations in Frankrijk en Duitsland doorgaf, van waar de programma's over de korte en de lange golf uitgezonden werden. Indien deze eerste satelliet transmissie inderdaad gekwalificeerd moest worden als een uitzending per satelliet, volgens de definitie in de richtlijn, dan werd de beschermde handeling alleen in het oorsprongsland gesitueerd (Frankrijk) en moesten geen toestemmingen meer onderhandeld worden in andere landen (meer bepaald Duitsland waar de uitzendingen ook in de grensstreek met Frankrijk ontvangen konden worden).

Geen "publiek". In het geval van *Lagardère* werd evenwel vastgesteld dat de voorwaarden niet voldaan waren en meer bepaald dat de satelliet signalen niet doorgegeven werden voor ontvangst door het publiek. De satelliet signalen werden immers doorgegeven, in versleutelde vorm, tussen de studio van de omroep en de grondstations, die de programma's vervolgens naar het publiek zouden brengen (via terresteriële uitzendingen). Het enkele feit dat de signalen op een niet-publieke frequentie uitgezonden werden, was op zich geen beletsel voor de kwalificatie als een mededeling aan het publiek, wel het feit dat deze transmissie alleen met professionele uitrusting ontvangen konden worden, die niet beschikbaar was voor het publiek.

Voor het eerst werd in het auteursrecht gesteld dat "een beperkte kring van personen die de van de satelliet afkomstige signalen alleen met een professionele uitrusting kunnen ontvangen, niet als een publiek kan worden beschouwd, aangezien dit uit een onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers moet zijn samengesteld" (*Lagardère*, par. 31)³⁰. Deze definitie van het "publiek" zou het HvJEU verder blijven hanteren onder de Richtlijn Informatiemaatschappij.

Signalen niet voor het publiek. Het volstond dus niet dat de programma's uiteindelijk wel bestemd waren voor een publiek (dat deze per terresteriële uitzending zou ontvangen). Om de transmissie als een satellietuitzending te kwalificeren is vereist dat de satelliet signalen voor het publiek toegankelijk waren. In voorliggen geval konden de satelliet signalen enkel met professionele uitrusting opgevangen worden, waartoe het grote publiek geen toegang had, (*Lagardère*, par. 38), zodat het om een gesloten, niet-publieke mededeling ging.

²⁹ Arrest *Lagardère Active Broadcast t. Société pour la perception de la rémunération équitable (SPRE) en Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL)*, 2005, C-192/04, ECLI:EU:C:2005:475 (hierna "*Lagardère*").

³⁰ Opmerkelijk is dat het HvJEU deze definitie zonder meer overgenomen heeft uit een vroeger arrest in de zaak *Mediakabel*: Arrest *Mediakabel BV t. Commissariaat voor de Media*, 2005, C-89/04, ECLI:EU:C:2005:348. In deze zaak werd evenwel niet over de Richtlijn Satelliet en Kabel geoordeeld, maar over de interpretatie van « omroepdienst » in art. 1(a) Directive 89/552 (de zogenaamde Richtlijn "Televisie zonder grenzen" – een richtlijn die mediarechtelijke aspecten regelt en dus een ander doel dient dan de Richtlijn Satelliet en Kabel, alhoewel die wel samen aangenomen werden). Zie hierover ook TRIAILLE, DUSOLIER, DEPREEUW, HUBIN, COPPENS & DE FRANCOUEN, *Study on the application of Directive 2001/29/EC on Copyright and Related Rights in the Information Society*, 217.

Geen ononderbroken mededelingsketen. Een derde argument om de kwalificatie als satellietuitzending af te wijzen vond het Hof in de voorwaarde dat de doorgifte zou verlopen via een "ononderbroken mededelingenketen die naar de satelliet en terug naar de aarde loopt". Deze voorwaarde werd geïnterpreteerd als een "gesloten communicatiesysteem, waarvan de satelliet het centrale, essentiële en onvervangbare bestanddeel vormt, zodat in geval van disfunctioneren hiervan het doorgeven van signalen technisch onmogelijk is en het publiek in dat geval geen enkele zending ontvangt" (Lagardère, par. 39).

In voorliggend geval was de basiseenheid evenwel het grondstation, van waar de terresteriële uitzendingen geïnitieerd werden – niet de satelliettransmissie. Dit punt werd bevestigd door de vaststelling dat, bij een panne van de satelliet, de televisieprogramma's op een alternatieve manier zouden worden doorgegeven naar de grondstations (van waar de mededeling aan het algemene publiek nog steeds zou plaats vinden). Anders oordelen zou betekenen dat de lokalisatieregels wel van toepassing zou zijn indien de satelliet functioneerde maar niet wanneer uitzending via een andere technische weg liep omwille van de technische panne of een andere toevalligheid van de satelliet.

13. In een tweede beslissing over de satellietomroep in de zaak *FAPL* was de vraag niet zozeer of er een publieke mededeling per satelliet uitgevoerd werd, maar wel of de ontvangst (en dus de exploitatie) van de uitzendingen per lidstaat opgedeeld kon worden zonder de regels van de eengemaakte markt (vrij verkeer van diensten en vrije mededinging) te overtreden.

In hetzelfde *FAPL* arrest werden evenwel interessante uitspraken gedaan betreffende de mededeling aan het publiek van beschermde werken *nà* ontvangst (*infra sub D*).

14. In *Airfield* werd de satellietomroep verder onderzocht. In dit geval was de vraag of directe en indirecte doorgifte van televisieprogramma's (in "televisiepakketten") per satelliet maar volgens verschillende technische schema's een mededeling aan het publiek per satelliet uitmaakte in de zin van de Richtlijn Satelliet en Kabel.

Airfield was een aanbieder van "pakketten" van televisiezenders, die versleuteld per satelliet aan haar klanten overgemaakt werden – die op hun beurt met een sleutel van *Airfield* de inhoud van de televisie-uitzendingen konden ontcijferen. *Airfield* had voor deze exploitatie van televisie-inhoud een overeenkomst met de omroepen en ging er van uit dat dit volstond – zonder dus een bijkomende licentie te onderhandelen met de collectieve beheersvennootschappen (SABAM en Agicoa). De omroepen hadden wel de toestemming van deze beheersvennootschappen. De satelliet transmissies werden volgens verschillende complexe, technische schema's volbracht, waarbij *Airfield* (en haar onderaannemers) en de omroepen afwisselend een grotere of kleinere technische rol speelden³¹. Volgens SABAM en Agicoa had *Airfield* wel degelijk de afzonderlijke toestemming van hun leden nodig, bovenop die aan de omroep gegeven werd. Aan het HvJEU werd voorgelegd of de aanbieder van de satellietpakketten in deze omstandigheden opnieuw de toestemming van de rechthebbenden moest verkrijgen.

Controle en verantwoordelijkheid omroep. Het HvJEU stelde vast dat, ongeacht het technische schema en ongeacht de tussenkomst van zowel de

³¹ Volgens een schema van « directe transmissie » stond de omroeporganisatie zelf in voor de satellietuitzending en werd de sleutel via *Airfield* aan de *Airfield*-klanten bezorgd. In een alternatief schema bezorgde de omroep de programma's via een gesloten transmissie aan *Airfield*, die de versleutelde signalen dan uitzond zodat haar klanten deze konden ontvangen en de-crypteren (indirecte transmissie).

omroep als Airfield (als satellietaanbieder), er slechts één mededeling aan het publiek per satelliet tot stand kwam.

Ten eerste werden de programma-dragende signalen inderdaad onder controle en toezicht van de omroeporganisatie ingevoerd: ofwel omdat de omroep de "uplink" van de programma's naar de satelliet zelf uitvoerde, ofwel omdat de omroep de signalen aan Airfield overmaakte, die deze met haar toestemming naar de satelliet zond (Airfield, par. 54-56). De omroep had bij gevolg controle over de initiële invoering van de signalen in de mededelingsketen die naar de satelliet leidde en dit volstond voor het Hof. De Richtlijn Satelliet en Kabel vereiste niet dat de omroep verantwoordelijk moest zijn voor de volledige keten (de invoering volstond) en evenmin dat de omroep als enige verantwoordelijkheid voor de mededeling zou opnemen.

De verantwoordelijkheid voor de satellietomroep kon best wel gedeeld worden met een derde partij, die bepaalde elementen van de mededelingsketen op zich zou nemen.

Ononderbroken mededelingsketen. Verder werd nagegaan of de signalen werden ingevoerd in een "ononderbroken mededelingenketen die naar de satelliet en terug naar de aarde loopt".

Met verwijzing naar de uitspraak in *Lagardère* werd vastgesteld dat de satelliet zowel voor de directe als indirecte schema's een "centraal, essentieel en onvervangbaar bestanddeel" vormt en beide wijzen van doorgifte dergelijke gesloten communicatiesystemen vormen (Airfield, par. 59). De tussenkomst van Airfield die als aanbieder van satellietpakketten de signalen ontving, decodeerde, opnieuw versleutelde vooraleer deze op te stralen naar de satelliet was van een technische aard en vormde volgens het HvJEU geen onderbreking van de mededelingsketen.

Publiek. Ook stond vast dat de satellietsignalen voor een publiek bedoeld waren, zodra ze naar de satelliet opgestraald werden. Dat publiek bestond uit de klanten van Airfield – die trouwens betaalden om toegang te krijgen tot het satellietaanbod en die in het bezit waren van een door Airfield ter beschikking gestelde decodeerkaart (Airfield, par. 65).

Tot slot werd vastgesteld dat de klanten een decoder hadden, die weliswaar beschikbaar gemaakt werd door de aanbieder van het satellietpakket (niet de omroep) maar wellicht wel met toestemming van de omroep (dit punt moest de nationale rechter bevestigen – Airfield, par. 68).

Het HvJEU besloot hieruit dat de indirecte en directe doorgiftes van televisieprogramma's telkens één ondeelbare mededeling aan het publiek per satelliet uitmaakten.

15. **Verschillende mededelingen.** Interessant in *Airfield* is dat het HvJEU aangaf dat per ondeelbare mededeling per satelliet verschillende actoren verantwoordelijk kunnen zijn en dat voor de tussenkomst van de satellietpakketaanbieder mogelijk de afzonderlijke toestemming van de rechthebbenden vereist is.

Het HvJEU wijst verschillende personen aan die de toestemming van de rechthebbenden moeten verkrijgen, te weten "de persoon die deze mededeling opstart of die daarin een interventie uitvoert zodat door middel van deze mededeling de auteursrechtelijk beschermde werken toegankelijk worden voor een nieuw publiek, dat wil zeggen een publiek dat de auteurs van de beschermde werken niet voor ogen hadden toen zij aan een andere persoon toestemming verleenden" (Airfield, par. 72 met verwijzing naar SGAE, par. 40 en 42 et

OSDD³², par. 38 – *infra*). Het is voor het HvJEU duidelijk dat de omroep de satellietuitzending onder zijn controle en verantwoordelijkheid opstart en hiermee een nieuw publiek³³ aanboort, waardoor alvast de omroep de toestemming van de rechthebbenden nodig heeft (Airfield, par. 75).

Daarmee is nog niet het laatste woord gezegd. De aanbieder van satellietpakketten trekt de kring van kijkers en luisteraars namelijk open en maakt de programma's toegankelijk voor een "nieuw publiek". Deze aanbieder zorgt er namelijk voor, enerzijds, dat alle programmasignalen gecodeerd worden vooraleer ze door de satelliet verspreid worden en, anderzijds, dat haar klanten over een decoder kunnen beschikken zodat zij de uitzendingen kunnen ontvangen en bekijken (Airfield, par. 78). Het HvJEU stelt bovendien vast dat deze handeling verder gaat dan het "beschikbaar stellen van technische voorzieningen om de ontvangst van een signaal mogelijk te maken of te verbeteren" en een interventie is die noodzakelijk is om de uitzending te bekijken of te beluisteren voor de mensen die zich in het ontvangstgebied bevinden.

Deze combinatie van factoren maakt dat de abonnees "tot het doelpubliek van de aanbieder van het satellietpakket zelf" behoren, "waarbij deze aanbieder door zijn interventie in de betrokken mededeling per satelliet de beschermde werken toegankelijk maakt voor een publiek dat ruimer is dan het doelpubliek van de betrokken omroeporganisatie" (Airfield, par. 79). Opmerkelijk is dat het HvJEU hier uitdrukkelijk de link legt met de Richtlijn Informatiemaatschappij (inbegrepen cons. 27) en de rechtspraak onder deze (latere) richtlijn. Dit suggereert dat het recht van mededeling aan het publiek per satelliet een *species* is van het algemene (en jongere) recht van mededeling aan het publiek.

Bijkomende argumenten vindt het HvJEU in het feit dat de satellietomroep een zelfstandige dienst is, die met winstoogmerk aangeboden wordt. De abonnees betalen een prijs voor deze dienst aan de satellietpakketaanbieder – niet aan de omroep – en wel voor de toegang tot de beschermde programma's (niet voor een louter technische dienst) (Airfield, par. 80). Ook de omstandigheid dat de aanbieder verschillende zenders in een pakket bundelt (eerder dan zender per zender aan te bieden) en zo een "nieuw audiovisueel product" samenstelt en aanbiedt, bevestigt dat het doelpubliek uitgebreid wordt en dus een nieuwe mededeling tot stand komt (Airfield, par. 81). In principe moet de satellietpakketaanbieder hiervoor dus opnieuw de toestemming van de rechthebbende bekomen (tenzij deze specifieke exploitatiewijze voorzien werd in de overeenkomst tussen de rechthebbenden en de omroepen³⁴).

Verder kan ook vastgesteld worden dat onder het recht van satellietomroep zowel aan de technische elementen als de economische elementen aandacht besteed wordt om aan het recht een invulling te geven.

16. Kabeldoorgifte. De Richtlijn Satelliet en Kabel heeft anderzijds bijzondere regels opgenomen voor de doorgifte per kabel van uitgezonden radio- en televisieprogramma's.

³² Beschikking Organismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgon Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon t. Divani Akropolis Anonimi Xenodocheiaki kai Touristiki Etaireai., 2010, C-136/09, ECLI:EU:C:2010:151, hierna « OSDD ».

³³ Het HvJEU legt hier niet uit waaraan dit « nieuw » publiek afgemeten moet worden. Een « nieuw publiek » impliceert dat er een « basispubliek » bestaat, ten opzichte waarvan dat « nieuwe publiek » afgezet wordt. Mogelijk wordt gedacht aan de doorgifte via « vaste verbinding » waarmee de satellietuitzending gelijktijdig verloopt (Airfield, par. 46). ER is geen sprake van een terresteriële uitzending (nochtans de klassieke zin van « omroep »). Er wordt aangegeven dat de omroepen de toestemming verkregen hebben voor deze satellietuitzending, zodat dit « nieuw » publiek wel door een toestemming van de rechthebbende gedekt zou zijn (Airfield, par. 48).

³⁴ Wat bevestigd werd : Brussel 9 juni 2015, Eviso (Airfield) t. Agicoa Belgium, A&M 2015 (296) 296.

De “doorgifte via kabel” wordt begrepen als “de gelijktijdige, ongewijzigde en integrale doorgifte, door middel van een kabel- of microgolfsysteem, aan het publiek, van een eerste uitzending uit een andere Lid-Staat, al dan niet via de ether, ook per satelliet, van radio- of televisieprogramma's die voor ontvangst door het publiek bestemd zijn” (art. 1(3) Richtlijn Satelliet en Kabel).

De bedoeling was niet zo zeer dit recht als dusdanig te erkennen of te bevestigen (al werd dat wel impliciet gedaan – cons. 27), maar de uitoefening ervan te vergemakkelijken (meer bepaald voor programma's afkomstig uit een andere lidstaat) door de collectieve uitoefening (via beheersvennootschappen) te verplichten. Een alternatief bestond er in alle relevante rechten via de omroep (die de primaire uitzending tot stand bracht) te verkrijgen.

17. Verschillende zaken voor het HvJEU hadden betrekking op een kabeldoorgifte maar opmerkelijk werd geen van deze zaken op basis van de Richtlijn Satelliet en Kabel beslist.

Zo werd in de zaak *Egeda* voor het eerst de vraag gesteld of er een beschermde handeling plaats vindt, wanneer een hotel televisieprogramma's die per satelliet of over de ether worden uitgezonden ontvangt en via een (lokaal) kabelnetwerk naar de hotelkamers doorgeeft³⁵. Meer bepaald wenste de verwijzende Spaanse rechter te weten of dergelijke doorgifte gekwalificeerd moest worden als een kabeldoorgifte dan wel als een “ontvangst door het publiek” onder de Richtlijn Satelliet en Kabel.

Het HvJEU heeft op deze vraag geen antwoord gegeven. Naar zijn oordeel werd in de Richtlijn Satelliet en Kabel van de lidstaten niet gevraagd dat zij een bijzonder recht van kabeldoorgifte zouden voorzien en werd geen bijzondere definitie van dit recht voorzien. Aangezien de Richtlijn voor de kabeldoorgifte enkel de verplichting oplegde om de kabeldoorgifte van uitzendingen uit andere lidstaten “volgens de toepasselijke auteursrechtelijke bepalingen” te laten geschieden, werd geoordeeld dat de Richtlijn geen elementen bevatte om de vragen te beantwoorden. Deze beoordeling werd volgens het HvJEU bevestigd door de voorbereidende werken van de Richtlijn Informatiemaatschappij (die toen nog niet aangenomen was). De vraag van de Spaanse rechter moest naar nationaal recht beantwoord worden.

Voor het overige heeft het Hof geen beslissingen genomen die de notie “kabeldoorgifte” verduidelijken of in verhouding tot het publieke mededelingsrecht plaatsen³⁶.

2. Uitzending, mededeling aan het publiek en heruitzending

18. Richtlijn Verhuurrecht voorziet, buiten het verhuurrecht en het uitleenrecht, een recht van “uitzending” en “mededeling aan het publiek” ten voordele van houders van naburige rechten.

Meer bepaald wordt van de lidstaten verwacht dat ze aan de uitvoerende kunstenaars het recht toekennen “het uitzenden via de ether en het mededelen

³⁵ Arrest Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (*Egeda*) tegen Hostelería Asturiana SA (*Hoasa*), 2000, C-293/98, ECLI:EU:C:2000:66, hierna “*Egeda*”.

³⁶ In *Uradex* ging het dan wel over kabeldoorgiften, de notie “kabeldoorgifte” werd er niet geïnterpreteerd: Arrest *Uradex* SCRL t. Union Professionnelle de la Radio et de la Télédistribution (RTD) en Société Intercommunale pour la Diffusion de la Télévision (BRUTELE). 2006, C-169/05, ECLI:EU:C:2006:365. Net zo werd in *Luksan* wel gerefereerd aan de vermogensrechten in deze richtlijn maar werden de begrippen niet nader onderzocht: Arrest *Martin Luksan* t. Petrus van der Let, 2012, C-277/10, ECLI:EU:C:2012:65.

aan het publiek” van hun uitvoeringen toe te staan of te verbieden. Een belangrijke beperking bestaat voor de uitzendingen en mededelingen aan het publiek van uitvoeringen die op zich reeds een uitzending zijn of aan de hand van een vastlegging is vervaardigd (art. 8(1) Richtlijn Verhuurrecht). Ter compensatie krijgen uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen een billijke vergoeding, wanneer de uitzending of publieke mededeling tot stand komt op basis van een fonogram (art. 8(2) Richtlijn Verhuurrecht). Omroeporganisaties hebben tot slot een uitsluitend recht op de publieke mededeling of heruitzending van hun uitzendingen (op een plaats die voor het publiek toegankelijk is tegen een toegangsprijs) (art. 8(3) Richtlijn verhuurrecht).

19. **Technische benadering.** Interessante elementen ter interpretatie van het mededelingsrecht kunnen aangetroffen worden in *Lagardère*. Nadat het HvJEU vastgesteld had dat de gesloten mededeling van televisieprogramma's tussen Lagardère's studio's en haar grondstations in Frankrijk en Duitsland geen satellietomroep uitmaakte, moest onderzocht worden of de doorgiften aan het publiek vanuit die grondstations handelingen waren die elk aanleiding gaven tot de betaling van een billijke vergoeding (art. 8(2) Richtlijn Verhuurrecht).

Aangezien de uitgezonden programma's in het Frans waren gemaakt en de exploitatie uitsluitend op het Franse publiek gericht werd, verdedigde Lagardère het standpunt dat de vergoedingen die zij in Duitsland betaalde afgetrokken konden worden van de vergoeding die zij in Frankrijk betaalde. Hiermee rees dus de vraag of zowel in Frankrijk als in Duitsland mededelingen plaats vonden waarvoor een billijke vergoeding betaald moest worden. Vanuit het Duitse grondstation werden de programma's namelijk wel uitgezonden, maar voornamelijk ten behoeve van het Franse publiek (in de grensstreek).

Om deze vragen te beantwoorden kwam het HvJEU onrechtstreeks met een interpretatie van de “uitzending” (*Lagardère*, par. 46 et s.). Eerst werd vastgesteld dat het auteursrecht een territoriaal karakter heeft en dat het nationale recht alleen gevolgen kan verbinden aan de handelingen die op het nationale grondgebied plaats vinden. Vervolgens werd gesteld dat de programma's (met de beschermde fonogrammen) vanuit de grondstations in twee lidstaten werden “uitgezonden”, dat er dus “zendhandelingen” plaats vonden in zowel Frankrijk als Duitsland. Hieruit volgde dat in beide landen een billijke vergoeding verschuldigd was. De billijke vergoeding moest dan weer bepaald worden in functie van de handelswaarde van de uitzending per territorium, die voor Duitsland dus kleiner zou zijn dan voor Frankrijk (waar de uitzending in essentie geëxploiteerd werd).

Om een “uitzending” of een “mededeling aan het publiek” in de zin van art. 8 Richtlijn Verhuurrecht vast te stellen, volstond het voor de rechter dus dat een “zendhandeling” in een lidstaat plaats vond, ook al was dit een eerder technische doorgifte, was er geen (of nauwelijks) een exploitatie in dat land (Duitsland) en bevond het publiek dat met deze zendhandeling geïnteresseerd werd zich in een andere lidstaat (Frankrijk)³⁷.

20. Het HvJEU heeft onder de Richtlijn Verhuurrecht twee (veelbesproken) arresten van dezelfde datum uitgesproken waarin het begrip “mededeling aan het publiek” verder ingevuld werd.

³⁷ De interpretatie van het HvJEU in *Lagardère* kan gecontrasteerd worden met zijn benadering in *Sportradar*. Hier was de vraag of het hergebruik vastgesteld kon worden in het land waar de webserveren stonden dan wel in het land waar het publiek geïnteresseerd werd. Het HvJEU besliste dat in de “doellidstaat” een hergebruik vastgesteld wordt indien de hergebruiker zich richt tot het publiek van een bepaalde lidstaat. Zie ook S. DEPREEUW & J.-B. HUBIN, “Of availability, targeting and accessibility: online copyright infringements and jurisdiction in the EU”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2014, September (1) 117-129.

De feiten in beide zaken waren van verschillende aard. In het arrest *PPI*³⁸ ging het over de doorgifte van uitgezonden fonogrammen naar de kamers in een hotel en de beschikbaarstelling van zowel afspeelapparatuur als de fonogrammen, terwijl de vraag in *Del Corso* ging over het afspelen van radio uitzendingen in een tandartspraktijk.

Het HvJEU kwam dan ook tot uiteenlopende beslissingen in beide zaken. In *PPI* oordeelde het HvJEU dat er wel degelijk een mededeling was waarvoor een billijke vergoeding verschuldigd was door de hoteleigenaar, terwijl in *Del Corso* besloten werd dat geen vergoeding betaald moest worden.

21. **Economische benadering.** In *Del Corso* ging het om een tandarts die in zijn tandartsenpraktijk de radio liet spelen zodat uitgezonden radioprogramma's hoorbaar waren voor de aanwezige patiënten. Een van de vragen was of dergelijk muziekgebruik een beschermde mededeling aan het publiek was in de zin van de Richtlijn Verhuurrecht, waarvoor dus een billijke vergoeding betaald moest worden.

Het HvJEU nam deze zaak als een gelegenheid om een onderscheid te maken tussen het "recht van mededeling aan het publiek" voor de auteurs in de Richtlijn Informatiemaatschappij en dat voor de houders van naburige rechten in de Richtlijn Verhuurrecht. Volgens het HvJEU worden "soortgelijke maar gedeeltelijk uiteenlopende doelstellingen" nagestreefd (*Del Corso*, par. 74), zonder dat hiervoor evenwel een duidelijke wettelijke basis wordt aangehaald. Zo hebben auteurs volgens het HvJEU een mededelingsrecht van "preventieve aard", waardoor zij de mededeling aan het publiek door derden kan verbieden. Uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen, daarentegen, hebben volgens het HvJEU een recht van "vergoedende aard", dat "niet kan worden uitgeoefend alvorens een voor handelsdoeleinden openbaar gemaakt fonogram of een reproductie ervan door een gebruiker wordt of reeds is gebruikt voor een mededeling aan het publiek" (*Del Corso*, par. 75)³⁹. Het HvJEU staat een "geïndividualiseerde beoordeling" voor van het "recht van mededeling aan het publiek", van de identiteit van de gebruiker en het gebruik van de fonogram in deze Richtlijn (inclusief de situatie van de gebruiker en die van de personen aan wie de fonogram meegedeeld wordt – zie *Del Corso*, par. 78).

De "geïndividualiseerde benadering" werd verder uitgewerkt. Ter duiding stelde het HvJEU dat het recht van mededeling aan het publiek in de Richtlijn Verhuurrecht een in wezen economisch recht is (*Del Corso*, par. 77). Verschillende factoren kunnen in overweging genomen worden als "niet-autonome en onderling afhankelijke bijkomende criteria" (*Del Corso*, par. 79). In functie van de feiten die voor de rechter gebracht worden, moeten deze criteria "zowel individueel als in hun onderling verband worden toegepast", waarbij zij "met een zeer wisselende intensiteit een rol kunnen spelen" in functie van de omstandigheden van het geval. Toch moet de nationale rechter elke situatie *in globo* beoordelen (*Del Corso*, par. 79-80). Dit creëert wel wat beoordelingsmarge voor de rechter ten gronde.

³⁸ Arrest *Phonographic Performance (Ireland) Limited tegen Ierland en Attorney General.*, 2012, C-162/10, ECLI:EU:C:2012:141, hierna "PPI".

³⁹ De vraag is of dit een accurate weergave is van wat in art. 8(2) Richtlijn Verhuurrecht voorzien is: "De lidstaten stellen een recht in om ervoor te zorgen dat een enkele billijke vergoeding wordt uitgekeerd door de gebruiker, *wanneer een voor handelsdoeleinden uitgegeven fonogram of een reproductie daarvan wordt gebruikt* voor uitzending via de ether of voor enigerlei mededeling aan het publiek, en dat deze vergoeding wordt verdeeld tussen de betrokken uitvoerende kunstenaars en producenten van fonogrammen" (onze nadruk).

Voor het overige neemt het HvJEU een aantal criteria over uit zijn rechtspraak betreffende het mededelingsrecht in het auteursrecht om een "mededeling" vast te stellen (*infra sub* nr. 30 et s.)⁴⁰.

Publiek. Ook de notie "publiek" werd aan de voorgaande beslissing ontleend, te weten "een onbepaald aantal potentiële luisteraars of kijkers [wat] overigens een vrij groot aantal personen impliceert" (Del Corso, part. 84).

Het Hof onderscheidde zo twee elementen: de onbepaaldheid van het publiek en de omvang van het publiek. De **onbepaaldheid** duidt op het algemene karakter van het publiek, wat gecontrasteerd wordt het "specifieke individuen die tot een bepaalde private groep behoren" (refererend aan de omschrijving in de woordenlijst van de WIPO⁴¹). Verder moet het gaan om een groep van een zekere omvang (een "vrij groot aantal personen"), wat er volgens het HvJEU op wijst dat het begrip publiek "een zekere **de-minimisdrempel** inhoudt, waardoor een te klein of zelfs onbeduidend aantal personen niet onder dit begrip valt" (Del Corso, par. 86 – nadruk toegevoegd). Weliswaar moet rekening gehouden worden met de cumulatieve gevolgen van verschillende toegangen (tegelijkertijd en opeenvolgend).

In het voorliggend geval ging het HvJEU er van uit dat de patiëntenpopulatie die mogelijk toegang heeft tot de uitgezonden werken geen publiek uitmaken, aangezien het gaat om stabiel en dus bepaald geheel van mensen, geen personen in het algemeen. Verder gaat het om een vrij beperkt, zelfs onbeduidend aantal personen zodat de *de minimis* drempel wellicht niet gehaald wordt. Een klein aantal patiënten zal de uitgezonden opnames tegelijk horen (de patiënten in de wachtkamer, de behandelde patiënt), de patiënten die elkaar opvolgen zullen niet dezelfde werken te horen krijgen (het gaan om lineair uitgezonden muziek via de radio).

Winstoogmerk. Tot slot is het HvJEU verder ingegaan op het criterium van het winstoogmerk. Dit is naar zeggen van het HvJEU "relevant" voor het auteursrecht en *a fortiori* voor het recht op billijke vergoeding, dat een "in wezen economisch recht is" (Del Corso, par. 89).

Samengevat kan worden nagegaan of de exploitant een bepaald voordeel zou kunnen halen uit de mededeling (zoals de standing van het etablissement, de prijs die aangerekend kan worden b.v. voor hotelkamers, groter aantal bezoekers

⁴⁰ Met name : de rol van de gebruiker, het verlenen van toegang tot een uitzending met beschermde werken, met volledige kennis van de gevolgen van het gedrag. Zo krijgen klanten toegang tot een werk die zij anders niet zouden hebben, hoewel zij zich fysiek in het ontvangstgebied van de uitzending bevinden (*Del Corso*, par. 82).

⁴¹ Het HvJEU verduidelijkt niet welke woordenlijst geconsulteerd werd. In de WIPO Glossary van 1980 wordt de notie « publiek » als dusdanig niet gedefinieerd, maar wel de notie « communication to the public » : « making a *work,*performance, *phonogram or *broadcast perceptible in any appropriate manner to persons in general, that is, not restricted to specific individuals belonging to a private group (...) ». X., *WIPO Glossary of terms of the law of copyright and neighboring rights*, Geneva, World Intellectual Property Organization, 1980, nr. 42. In de *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms*, kan ook een glossary terug gevonden worden waarin het « publiek » wel gedefinieerd wordt als "a group consisting of a substantial number of persons outside the normal circle of a family and its closest social acquaintances. It is not decisive whether the group is actually gathered in one place; the availability of works or objects of related rights for the group suffices. In cases of communication to the public (including broadcasting), and (interactive) making available to the public, it is irrelevant whether the members of the public capable of receiving the works or objects of related rights may receive them at the same place or at difference places, and at the same time or at different times » (WIPO, *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms*, Geneva, 2003, 319 http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/891/wipo_pub_891.pdf).

en dus betere financiële resultaten). Het HvJEU vat samen dat “aldus wordt verondersteld dat het publiek waaraan de mededeling wordt verricht, door de gebruiker als doelgroep is gekozen en bovendien op een of andere manier ontvankelijk is voor zijn mededeling en deze niet toevallig „opvangt”” (Del Corso, par. 91).

Zonder aan te geven waarop het HvJEU zijn stellingen steunt, worden patiënten niet als een dergelijke doelgroep gezien. De motieven van patiënten worden verregaand geïnterpreteerd: er wordt van uit gegaan dat patiënten “uitsluitend” voor tandverzorging naar een praktijk gaan en dat de uitzending van fonogrammen geen “inherent aspect” is aan tandverzorging. In tegendeel, er wordt van uit gegaan dat de patiënten “toevallig en buiten hun wil” bepaalde fonogrammen horen, zodat zij niet “ontvankelijk” zijn voor de uitzending – i.e. de fonogrammen die op dat moment op de radio te horen zijn, in functie van het aankomsttijdstip, de wachttijd en de behandeling (Del Corso, par. 98).

22. Op basis van deze criteria moet volgens het HvJEU in *Del Corso* beoordeeld worden of een tandarts die in zijn praktijk en dus in aanwezigheid van patiënten fonogrammen (opgenomen in uitgezonden radioprogramma's) laat horen op de achtergrond een mededeling aan het publiek doet waarvoor de billijke vergoeding verschuldigd is.

Alhoewel deze beoordeling in beginsel de nationale rechter toekomt, acht het HvJEU zich toch in staat om vast te stellen dat (i) de tandarts de fonogrammen welbewust heeft laten horen aan de patiënten, (ii) de patiënten geen onbepaald maar een bepaald geheel van potentiële luisteraars uitmaken in zeer beperkte, onbeduidende getale en (iii) het hoorbaar maken (“uitzenden” – sic) van fonogrammen aan de aanwezige patiënten op zich er niet toe zal leiden dat de tandarts meer patiënten zal krijgen of een hogere prijs zal kunnen aanrekenen (zodat zijn inkomsten niet zullen stijgen) en de “uitzending” dus geen winstoogmerk heeft.

Opmerkelijk is dat het HvJEU dezelfde redenering heeft afgewezen wanneer het ging om de mededeling binnen een kuuroord die op basis van de Richtlijn Informatiemaatschappij beoordeeld werd (OSA⁴², par. 35). De verantwoording hiervoor was dat de naburige rechten van de uitvoerende kunstenaar en de producent in essentie vergoedende rechten zijn, anders dan het recht van mededeling aan het publiek van de auteur.

23. In een tweede arrest van dezelfde dag, in de zaak *PPI*, heeft dezelfde kamer van het HvJEU op basis van dezelfde bepaling en volgens dezelfde redenering een andere uitkomst bereikt in een zaak betreffende het gebruik van fonogrammen in hotels.

De Ierse auteurswet voorzag namelijk een bepaling die o.a. hoteleigenaars vrijstelt van de betaling van de billijke vergoeding wanneer fonogrammen (met beschermde uitvoeringen) worden gebruikt binnen een hotel op twee bijzondere manieren: (i) het hotel stelt zowel afspeelapparatuur als fonogrammen (in digitale of materiële vorm) ter beschikking van de hotelgasten en (ii) het hotel zorgt voor de doorgifte van ontvangen televisie- en radio-uitzendingen via radio- en televisietoestellen in de hotelkamers.

Net als in het arrest *Del Corso* ging het HvJEU uit van een “geïndividualiseerde benadering” van het begrip “mededeling aan het publiek”, de identiteit van de gebruiker en het gebruik van de fonogram (PPI, par. 29). Verder werd, met verwijzing naar het arrest *Del Corso* onderzocht of er een “mededelingshandeling” is, een “publiek” en een “winstoogmerk” (PPI, par. 30-37).

⁴² Arrest OSA - Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. tegen Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s., 2014, C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110, hierna “OSA”.

Het HvJEU had naar eigen zeggen voldoende elementen om tot een beoordeling te komen (ook al komt dit in principe aan de nationale rechter toe) en besloot dat het wellicht wel om een mededeling in de zin van de Richtlijn Verhuurrecht ging. Net als in het arrest *SGAE* (met gelijkaardige feiten – *infra*) wordt vastgesteld dat er een mededelingshandeling wordt uitgevoerd, dat de hotelgasten een “publiek” uitmaken en dat er een winst oogmerk bestaat (omdat de hotelgasten een “bewust gekozen” en “ontvankelijke” doelgroep uitmaken en de bijkomende dienst de prijzen en het gastenpotentieel van het hotel kan beïnvloeden).

24. **Nieuw publiek.** De omstandigheid dat de mededeling tot een “nieuw publiek” gericht wordt (onderscheiden van het publiek van de initiële uitzending) leidt ertoe dat ook de hoteleigenaar gehouden is een billijke vergoeding te betalen (bovenop de billijke vergoeding die de omroep betaalt voor de uitzending) (PPI, par. 49).

De rechtspraak die rond dit criterium ontwikkeld werd op basis van het auteursrecht is ook van toepassing op het mededelingsrecht in de Richtlijn Verhuurrecht (PPI, par. 50 – zie *infra* sub nr. 45).

Daarboven stelt het HvJEU vast dat een “hotelexploitant die in zijn gastenkamers een uitgezonden fonogram meedeelt aan zijn gasten, dit fonogram namelijk op autonome wijze [gebruikt] en [doorgeeft] aan een bijkomend publiek dat verschilt van het publiek waarvoor de oorspronkelijke mededeling was bedoeld. [Zo] haalt een hotelexploitant uit deze uitzending daarenboven andere economische voordelen dan die welke de omroeporganisatie of de producent van fonogrammen hebben verkregen” (PPI, par. 51).

Uitdrukkelijk werd de link gelegd tussen het bestaan van onderscheiden exploitaties (de initiële uitzending door de omroep en de hierop volgende doorgifte door de hoteleigenaar – elk met hun eigen economische oogmerken).

25. In *PPI* werd een tweede geval onderzocht namelijk het gebruik van hotels om afspeelapparatuur en fonogrammen beschikbaar te maken aan de gasten.

Om hierover een uitspraak te doen refereerde het HvJEU uitdrukkelijk aan het WPPT, dat de “mededeling aan het publiek” van een uitvoering of een fonogram definieert als de “overdracht aan het publiek door elk medium anders dan door uitzending, van geluiden van een uitvoering of de op een fonogram vastgelegde geluiden of weergaven van geluiden”. In het kader van de vergoeding (art. 15 WPPT) wordt hieronder “mede” verstaan het “voor het publiek hoorbaar maken van de op een fonogram vastgelegde geluiden of weergaven van geluiden” (art. 2 (g) WPPT), zodat de mededeling die aanleiding geeft tot de billijke vergoeding onder de Richtlijn Verhuurrecht op dezelfde manier geïnterpreteerd moet worden (PPI, par. 60).

Voor het HvJEU beantwoordt de praktijk van de Ierse hotels aan deze definitie: wanneer zowel het toestel om fonogrammen af te spelen als de fonogrammen (in materiële of digitale vorm) die met deze toestellen afgespeeld kunnen worden aan de hotelgasten aangeboden worden, zijn de elementen van de definitie verenigd (PPI, par. 62).

Bovendien speelt ook hier de hotelexploitant een centrale rol, aangezien deze zowel de apparatuur als de fonogrammen verschaft aan de gasten zodat deze van de geluidsopnames⁴³ kennis kunnen nemen – wat zonder zijn/haar tussenkomst niet mogelijk zou zijn (PPI, par. 67). Het HvJEU besloot bij gevolg dat ook de tweede gebruikswijze onder de notie “mededeling aan het publiek” valt waarvoor een billijke vergoeding verschuldigd is, waarmee de Ierse vrijstelling niet te rijmen viel.

⁴³ Het HvJEU heeft het hier over “werken” in plaats van geluidsopnames of fonogrammen.

Dat de Richtlijn Verhuurrecht een beperking toelaat voor "privégebruik" (art. 10(1)(a) Richtlijn Verhuurrecht) zet geen zoden aan de dijk, aangezien het om een privégebruik in hoofde van de hotelexploitant zou moeten gaan (niet in hoofde van de hotelgast). Aangezien net werd vastgesteld dat de hotelexploitant de fonogrammen meedeelt aan het publiek, is het privégebruik uitgesloten; het publiek bevindt zich immers noodzakelijkerwijze niet in de privésfeer (PPI, par. 72).

26. **Besluit.** Vooruitlopend op de bespreking van de mededeling aan het publiek onder het auteursrecht, kunnen we al vermoeden dat er een wederzijdse beïnvloeding van de begrippen onder het auteursrecht en onder de naburige rechten bestaat.

De notie "publiek" die in het arrest *SGAE* en de daarop volgende beslissingen werd overgenomen werd voor het eerst gebruikt in het arrest *Lagardère* (dat zich op zijn beurt geïnspireerd had op het arrest *Mediakabel*). Omgekeerd wordt in de beoordeling van de publieke mededeling onder Richtlijn Verhuurrecht veelvuldig verwezen naar de interpretatie van het recht onder de Richtlijn Informatiemaatschappij ("mededeling", "nieuw publiek").

Dit geeft te denken dat er een eenvormig begrip "mededeling aan het publiek" bestaat dat zowel voor onder het auteursrecht als onder de naburige rechten geldt. Toch blijkt dit niet het geval te zijn (Del Corso). Schijnbaar wordt onder de naburige rechten meer gekeken naar het economisch begrip en wordt nadruk gelegd op de "individuele benadering" en de afweging van verschillende factoren.

Het lijkt ons evenwel wenselijk om de begrippen "mededeling aan het publiek" in het auteursrecht en de naburige rechten op een coherente manier te interpreteren. Dit neemt niet weg dat andere regels per beschermd voorwerp of per rechthebbende voorzien kunnen worden, maar dat zou bij voorkeur niet op het niveau van de definities van de begrippen moeten gebeuren.

D. Algemeen recht van mededeling en beschikbaarstelling aan het publiek in de EU

27. Na opeenvolgende richtlijnen die een bijzonder aspect van het auteursrecht en de naburige rechten regelden kwam in 2001 de Richtlijn Informatiemaatschappij. Deze richtlijn voorzag naast een algemeen recht van reproductie en distributie een algemeen recht van mededeling aan het publiek ten voordele van auteurs en een recht van beschikbaarstelling aan het publiek voor de houders van naburig rechten (art. 3 Richtlijn Informatiemaatschappij – zie voor meer achtergrond elders in dit nummer):

1. De lidstaten voorzien ten behoeve van auteurs in het uitsluitende recht, de mededeling van hun werken aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van de beschikbaarstelling van hun werken voor het publiek op zodanige wijze dat deze voor leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn, toe te staan of te verbieden.

2. De lidstaten voorzien ten behoeve van: a) uitvoerend kunstenaars, met betrekking tot de vastleggingen van hun uitvoeringen, b) producenten van fonogrammen, met betrekking tot hun fonogrammen, c) producenten van de eerste vastleggingen van films, met betrekking tot het origineel en de kopieën van hun films, en d) omroeporganisaties, met betrekking tot de vastleggingen van hun uitzendingen, ongeacht of deze uitzendingen via de ether of per draad plaatsvinden, uitzendingen per kabel of satelliet daaronder begrepen, in het uitsluitende recht, de beschikbaarstelling voor

het publiek, per draad of draadloos, op zodanige wijze dat de leden van het publiek op een door hen individueel gekozen plaats en tijd er toegang toe hebben, toe te staan of te verbieden.

3. De in de leden 1 en 2 bedoelde rechten worden niet uitgeput door enige handeling, bestaande in een mededeling aan het publiek of beschikbaarstelling aan het publiek overeenkomstig dit artikel.

De Richtlijn voorziet evenwel geen definitie van dit recht (SGAE, par. 33), dat in algemene termen geformuleerd is – zonder verwijzing naar bepaalde technologieën of exploitatiewijzen. Wel wordt nog verduidelijkt dat “aan dit recht een ruime betekenis [moet] worden gegeven die iedere mededeling omvat die aan niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek wordt gedaan. Dit recht dient zich uit te strekken tot elke dergelijke doorgifte of wederdoorgifte van een werk aan het publiek, per draad of draadloos, met inbegrip van uitzending. Dit recht heeft geen betrekking op enige andere handeling” (cons. 23 Richtlijn Informatiemaatschappij).

Het duurde tot 2006 eer het HvJEU een eerste arrest uitsprak in de zaak SGAE/Rafael Hoteles dat het recht van mededeling aan het publiek, zoals geharmoniseerd in de Richtlijn Informatiemaatschappij, interpreteerde. Dit arrest werd de basis voor de vele arresten betreffende het recht van mededeling aan het publiek. Kennelijk is het voor de nationale rechters geen eenvoudige zaak om het algemeen geformuleerde recht toe te passen om nieuwe situaties.

28. In zijn rechtspraak heeft het HvJEU rekening gehouden met verschillende elementen: (1) de mededeling; (2) het publiek; (3) het nieuwe publiek en (4) andere elementen, zoals het winstoogmerk. In SGAE had het HvJEU nog niet aangegeven hoe deze elementen zich tot elkaar verhielden, maar in ITV werd duidelijk gemaakt dat het publiek mededelingsrecht in essentie twee elementen aanwezig moeten zijn: (1) een mededeling en (2) een publiek (ITV, par. 21 en 30; bevestigd in Svensson, par. 16).

In *BestWater*⁴⁴ werden dan weer twee alternatieve testen voorgesteld die, volgens de “vaststaande rechtspraak” van het HvJEU toegepast worden: om te beoordelen of er van een “mededeling aan het publiek” in de zin van Artikel 3 van de Richtlijn Informatiemaatschappij sprake is, moet het werk meegedeeld worden volgens een bijzondere techniek die verschilt van de technieken die tot dan gebruikt werden of, wanneer dat niet het geval is, aan een “nieuw publiek” meegedeeld worden, te weten een publiek dat de rechthebbenden nog niet in rekening genomen werd wanneer zij de initiële mededeling aan het publiek toegestaan hebben (vrije vertaling *BestWater*, par. 14 – met referentie aan SGAE, par. 40 en 42, OSDD, par. 38 en ITV, par. 39).

We zullen deze elementen hierna bespreken.

1. “Mededeling” en “beschikbaarstelling”

29. Een mededelingshandeling onder het mededelingsrecht kan verschillende vormen aannemen, de Richtlijn bepaalt geen definitie van wat een “mededeling” kan uitmaken. In tegenstelling tot bijvoorbeeld de Richtlijn Satelliet en Kabel, is dit begrip niet beperkt tot een bepaalde technologie of exploitatiewijze.

Zo werden verschillende gevallen voorgelegd aan het HvJEU: de re-transmissie van een ontvangen televisie-uitzending naar individuele hotelkamers (SGAE, OSDD) of individuele kamers in een kuuroord (OSA), het hoorbaar maken van uitgezonden werken in een publiek toegankelijke ruimte zoals een pub (FAPL,

⁴⁴ Beschikking *BestWater International GmbH t. Michael Mebes and Stefan Potsch*, 2015, C-348/13, ECLI:EU:C:2014:2315, hierna « *BestWater* ».

Sociedade Portuguesa de Autores⁴⁵), het simultaan streamen via internet van televisie-uitzendingen (ITV), het aanbrengen van hyperlinks (Svensson, BestWater, C More Entertainment), het uitzenden via televisie (BSA) of het realiseren van een "uitzending" door middel van kabeldoorgifte na een "directe injectie" (SBS⁴⁶).

In alle gevallen werd een mededelingshandeling gevonden, het HvJEU houdt er een ruime benadering op na van wat een mededeling kan uitmaken.

30. In het arrest *SGAE* werd een eerste aanzet gegeven tot een omschrijving van de mededelingshandeling.

In *SGAE* werd de vraag gesteld of het doorgeven van televisie-uitzendingen (met beschermde werken) in een hotel, naar de individuele hotelkamers, een beschermde mededeling aan het publiek uitmaakte⁴⁷. Aangezien de televisiesignalen opgevangen konden worden en dus zonder kosten bekeken konden worden, kon geargumenteed worden dat voor de transmissie van de uitgezonden programma's binnen hetzelfde ontvangstgebied geen bijkomende licentie onderhandeld moest worden.

Het HvJEU zag de zaken anders.

Ten eerste werd er aandacht besteed aan het gegeven dat het werk ontvangen wordt ten voordele van een groter publiek dan dat waarvoor de uitzending (met instemming van de auteur) bestemd was en dat zo een zelfstandige mededelingshandeling tot stand komt (*SGAE*, par. 41). Wanneer een hotel "met volledige kennis van de gevolgen van zijn gedrag, tussenkomt om aan zijn gasten toegang tot het beschermde werk te verlenen" en "zonder deze tussenkomst de hotelgasten, hoewel zij zich fysiek in deze zone bevinden, in beginsel niet van het uitgezonden werk zouden kunnen genieten", dan wordt een nieuwe mededeling gerealiseerd. Het gaat immers niet om een "eenvoudig technisch middel om de ontvangst van de oorspronkelijke uitzending in het ontvangstgebied ervan mogelijk te maken of te verbeteren" (*SGAE*, par. 42).

Hierbij is het niet relevant of de hotelgast daadwerkelijk naar de televisie gekeken heeft: het feit dat zij toegang had tot de beschermde werken, volstaat om tot een beschermde mededeling te besluiten. Het HvJEU rechtvaardigt deze stelling door te verwijzen naar de beschermde beschikbaarstelling aan het publiek in Artikel 3(1) Richtlijn Informatiemaatschappij en Artikel 8 WCT. Hieruit zou blijken dat er reeds van "mededeling aan het publiek" sprake is, "wanneer het werk op zodanige wijze voor het publiek beschikbaar wordt gesteld dat het voor de leden van dit publiek toegankelijk is" (*SGAE*, par. 43).

31. **Beschikbaarstelling fysieke mededelingsfaciliteiten.** Verder wordt de mededelingshandeling gecontrasteerd met wat volgens de Richtlijn Informatiemaatschappij niet als een mededeling beschermd wordt, namelijk "de beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten" (*SGAE*, par. 45). Bij die "loutere beschikbaarstelling van fysieke installaties" zijn gewoonlijk, naast het hotel, ook ondernemingen "betrokken" die in de verkoop of de verhuur van televisietoestellen zijn gespecialiseerd.

⁴⁵ Beschikking Sociedade Portuguesa de Autores CRL t. Ministério Público e.a., 2015, C-151/15, ECLI:EU:C:2015:468, hierna « Sociedade Portuguesa de Autores ».

⁴⁶ Arrest SBS Belgium NV t. Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers (SABAM), 2015, C-325/14, ECLI:EU:C:2015:764, hierna « SBS ».

⁴⁷ Voorheen werd reeds een prejudiciële vraag gesteld die betrekking had op soortgelijke feiten, maar onder de Richtlijn Satelliet en Kabel. Het HvJEU oordeelde in *Egeda* evenwel dat de vraag naar de bescherming niet onder deze richtlijn maar onder de toen aangekondigde maar nog niet aangenomen Richtlijn Informatiemaatschappij beoordeeld moest worden.

Hieruit leidt het HvJEU af wat dan wel als een mededelingshandeling gezien kan worden: wanneer de "installatie" de toegang van het publiek tot de uitgezonden werken technisch mogelijk maakt en het hotel door middel van de zo beschikbaar gestelde televisietoestellen het signaal doorgeeft aan de gasten die in zijn kamers verblijven, dan gaat het om een mededeling aan het publiek (SGAE, par. 46).

Welke techniek van doorgifte van het signaal is gebruikt, hoeft niet worden nagegaan.

32. Deze zienswijze werd verduidelijkt in de beschikking in *OSDD*, waarin het opnieuw ging over een hotelier die televisietoestellen in de hotelkamers aansloot op een centrale antenne waarmee televisie-uitzendingen ontvangen werden.

Onder de "eenvoudige beschikbaarstelling van fysieke faciliteiten om een mededeling mogelijk te maken of te verrichten" wordt alleen verstaan het verkopen of verhuren van televisietoestellen door gespecialiseerde ondernemingen. Daarentegen wordt het verspreiden van het signaal door middel van televisietoestellen ruim begrepen, als elke technische tussenkomst van de hotelier die zijn gasten toelaat om het signaal in de kamers te ontvangen en toegang te krijgen tot het uitgezonden werk – ongeacht de configuratie van die toestellen (*OSDD*, par. 40-41).

33. **Publieke ontvangst.** Onder het begrip "mededeling" valt ook het zichtbaar of hoorbaar maken van televisie-uitzendingen in een publiek toegankelijke plaats, zoals een pub (*FAPL*, par. 195).

Het HvJEU zag de parallel met de feiten in *SGAE* en stelt vast dat "de eigenaar van een horecagelegenheid een mededeling verricht wanneer hij uitgezonden werken, door middel van een televisiescherm en luidsprekers, bewust vertoont aan de in die horecagelegenheid aanwezige klanten" (*FAPL*, par. 196).

Welke techniek hiervoor gebruikt wordt doet er niet zo toe: aangezien een hoog beschermingsniveau nagestreefd wordt, valt "elke uitzending van de beschermde werken" onder het mededelingsbegrip, "ongeacht het gebruikte technische middel of procédé" (*FAPL*, par. 193; *OSA*, par. 25).

Opmerkelijk is dat het HvJEU zich voor deze invulling beroept op de mededelingsbegrippen in drie uiteenlopende bepalingen, namelijk Artikel 8(3) van de Richtlijn Verhuurrecht, Artikels 2(g) en 15 WPPT⁴⁸ en Artikel 11bis(1)(iii) BC⁴⁹, zonder verder onderscheid te maken naar het type van mededeling of de doelstelling van de regelgeving.

Daarentegen het live opvoeren van een werk op een publiek toegankelijke plaats, in aanwezigheid van het publiek (de "rechtstreekse opvoering of uitvoering") valt niet onder het uniebegriff "mededeling aan het publiek" (*Circu*, par. 39). Het geharmoniseerde begrip heeft immers slechts betrekking op de mededeling aan een publiek "op afstand" (*infra sub* nr. 40).

34. **Televisie-uitzending.** De prejudiciële vragen aan het HvJEU betreffen veelal complexe gevallen van meervoudig gebruik van werken.

⁴⁸ « Hieronder valt het „voor het publiek hoorbaar maken van de op een fonogram vastgelegde geluiden of weergaven van geluiden” en dit begrip [omvat] ook uitzending of „enigerlei mededeling aan het publiek” » (*FAPL*, par. 191).

⁴⁹ « Meer in het bijzonder omvat dit begrip, zoals in artikel 11 bis, lid 1, sub iii, van de Berner Conventie uitdrukkelijk is bepaald, mededeling door een luidspreker of door ieder ander dergelijk instrument dat tekens, geluiden of beelden overbrengt, waaronder – volgens de toelichting bij het voorstel voor een richtlijn betreffende het auteursrecht [COM(97) 628 def.] – ook wordt verstaan een vorm van mededeling zoals het vertonen van de werken op een scherm” (*FAPL*, par. 192).

Toch heeft het HvJEU de gelegenheid gehad om te bevestigen dat het eenvoudig tonen van een werk (zoals een grafische user interface) tijdens een televisie-uitzending wel onder het mededelingsbegrip kan vallen (BSA, par. 55)⁵⁰.

Het HvJEU heeft ook onderzocht hoe de lineaire doorgifte van televisieprogramma's via kabel gekwalificeerd moet worden, wanneer deze geïnitieerd wordt door een "directe injectie" vanwege de omroeporganisatie in het kabelnetwerk van de kabeloperator die de programma's verder naar zijn abonnees doorgeeft.

In *SBS* werd de vraag gesteld of deze "directe injectie", i.e. de doorgifte van programma's via een private lijn van de omroep naar de kabeloperator, op zich een "mededeling aan het publiek" uitmaakte. Het HvJEU oordeelde dat de "[omroeporganisatie] de programma-dragende signalen via satelliet, de kabel of een xDSL-lijn, en dus via verschillende technische middelen of procédés, doorgeeft aan verschillende distributeurs van signalen", zodat "een dergelijke, al dan niet gelijktijdige, doorgifte is aan te merken als „handeling bestaande in een mededeling" in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29" (*SBS*, par. 18-19).

35. Lineaire streaming. In *ITV* werd bevestigd dat gelijktijdige doorgifte van televisie-uitzendingen via internet streaming ook onder het mededelingsbegrip viel.

TVCatchup bood aan televisiekijkers die zich in het Verenigd Koninkrijk bevonden en die (beweerdelijk) in het bezit waren van een televisielicentie de mogelijkheid om dezelfde televisie-uitzendingen per streaming te bekijken. De gedachte was dat kijkers die aan deze twee voorwaarden voldeden het recht hadden om gratis naar de programma's te kijken uitgezonden via omroep en er geen bezwaar tegen was dat dezelfde kijkers de mogelijkheid geboden werd om ook via streaming te kijken.

Het HvJEU bevestigde dat het streamen van deze televisie-uitzendingen door TVCatchup een mededeling uitmaakte, naast de uitzending via televisiemasten (door de omroepen). De internet streaming kon niet herleid worden tot een louter technisch middel om de ontvangst van de televisie-uitzendingen in het ontvangstgebied mogelijk te maken of te verbeteren (*ITV*, par. 27). Dergelijk middel moet zich er namelijk toe beperken "de kwaliteit van de ontvangst van een reeds bestaande doorgifte te behouden of te verhogen" (*ITV*, par. 29) en mag niet dienen voor een bijkomende doorgifte die van de eerste doorgifte onderscheiden kan worden. Dit was precies wat TVCatchup deed; haar interventie had dus geen louter technisch karakter.

36. Hyperlinks. Hoe het mededelingsrecht toegepast moest worden in een internetomgeving werd verder onderzocht in *Svensson*, waar het HvJEU de complexe vraag van de hyperlinks moest oplossen⁵¹.

⁵⁰ Al moet de nationale rechter wel nog bepalen of er een beschermd deel uitgezonden wordt: aangezien de kijkers geen toegang hebben tot het kenmerkende interactieve element van een interface, wordt het « wezenlijke bestanddeel van deze interface, namelijk de interactie met de gebruiker » niet uitgezonden en vindt er geen mededeling van de grafische gebruikersinterface aan het publiek plaats in de zin van artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/29 (BSA, par. 57).

⁵¹A. STROWEL, "Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'Internet. A propos des hyperliens", *A&M* 1998, (296) 296-308; S. VON LEWINSKI & M. M. WALTER, "Information Society Directive" in M. M. WALTER & S. VON LEWINSKI (ed.), *European Copyright Law*, Oxford, University Press, 2010, 985; A. STROWEL, "La Cour de justice confirme qu'établir un hyperlien ne constitue pas une « communication au public », mais ne clarifie rien quant aux conditions implicites de son raisonnement - À propos de l'ordonnance BestWater et de l'arrêt C-More Entertainment", *A&M* 2015, 2 (176) 228-232; A. STROWEL, "Établir un hyperlien ne constitue pas une « communication au public » selon la Cour de justice de

Door het plaatsen van hyperlinks naar journalistieke werken die op een eerste, vrij toegankelijke website gepost werden, wordt aan de gebruikers van de linkende website "directe toegang" geboden tot die werken (Svensson, par. 18). Het HvJEU gaat uit van het hoge beschermingsniveau voor auteurs en de ruime interpretatie van het mededelingsrecht en herinnert aan de beschikbaarstelling van het werk op zodanige wijze dat het voor de leden van dit publiek toegankelijk is (zonder dat van beslissend belang is of zij gebruikmaken van die mogelijkheid).

Met deze summiere argumentatie volstaat het HvJEU om te besluiten dat "het plaatsen van aanklikbare links naar beschermde werken" een „beschikbaarstelling” uitmaakt en dus een „handeling bestaande in een mededeling” in de zin van de Richtlijn Informatiemaatschappij.

Het HvJEU paste dezelfde redenering toe op een geval van "embedded linking", waarbij een werk (b.v. een video of een afbeelding) door middel van een hyperlink in een andere webpagina ingebed wordt maar afgebeeld wordt alsof het integraal deel uitmaakt van de linkende webpagina (terwijl het eigenlijk gehost wordt op de server van de webpagina waarheen de link leidt). In *Svensson* werd al op dit geval geanticipeerd (Svensson, par. 29): technisch gesproken is er voor het HvJEU geen relevant onderscheid tussen een gewone hyperlink en een embedded hyperlink.

In *BestWater* werd een beschikking in die zin uitgesproken, waarbij de uitspraak van het HvJEU in *Svensson* rond embedded linking bevestigd werd (*BestWater*, par. 17).

Eerder dan het effect van de hyperlink (de weergave van een hyperlink dan wel de weergave van het werk waarheen de link leidt) op de gebruiker in overweging te nemen, heeft het HvJEU aandacht voor de technische gelijkenissen tussen de twee vormen van hyperlinking.

37. Beschikbaarstelling. In de Richtlijn Informatiemaatschappij wordt ook het beschikbaarstellingsrecht geharmoniseerd, zowel voor auteurs als voor houders van naburige rechten. De bedoeling is duidelijk te maken dat er een exclusief recht is om "door het auteursrecht beschermde werken en ander materiaal door middel van interactieve doorgifte op aanvraag voor het publiek beschikbaar te stellen. Zulke interactieve doorgiften op aanvraag worden gekenmerkt door het feit dat zij voor leden van het publiek op de door hen individueel gekozen plaats en tijd toegankelijk zijn" (cons. 25 Richtlijn Informatiemaatschappij).

In verschillende zaken heeft het HvJEU naar het beschikbaarstellingsrecht verwezen om het begrip "mededeling" te duiden, met name om aan te geven dat een mededeling plaats vindt wanneer het publiek de mogelijkheid heeft om kennis te nemen van het werk, ook al heeft het van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt (SGAE, par. 43). Hiermee werd naar ons aanvoelen de specificiteit van dit nieuwe recht miskend: de bedoeling was namelijk te verduidelijken dat ook interactieve gebruiksvormen beschermd werden, i.e. wanneer het publiek het beschermde materiaal kon opvragen op een moment en op een plaats dat het zelf gekozen had. De "beschikbaarheid" van een lineaire

l'Union européenne", *A&M* 2014, 3-4 (228) 176-180; S. DUSOLLIER, "Les hyperliens en droit d'auteur européen : quand tout devient communication", *R.D.T.I.* 2014, 54 (49) 51-52. Zie ook : ALAI, *Report and opinion on the making available and communication to the public in the internet environment, focus on linking techniques on the Internet*, 2013, <http://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/making-available-right-report-opinion.pdf>, ; Copyright Society, *Opinion on The Reference to the CJEU in Case C-466/12 Svensson*, European, 2013, <https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2015/12/european-copyright-society-opinion-on-svensson-first-signatoriespaginatedv31.pdf>.

televisie-uitzending voor de televisiekijker die haar televisietoestel aanschakelt zou hier *stricto sensu* niet onder vallen.

In *C More Entertainment*, heeft het HvJEU meer inzicht gegeven over wat onder het beschikbaarstellingsrecht verstaan moet worden.

Het ging in deze zaak om het aanbrengen van hyperlinks die internetsurfers toelieten om de beveiliging van live gestreamde hockeywedstrijden op de website van de omroep te omzeilen en dus te kijken zonder hiervoor te betalen. *C More Entertainment*, een commerciële omroep, kon naburige rechten doen gelden, wat onder de Richtlijn Informatiemaatschappij het beschikbaarstellingsrecht inhield maar niet het ruimere mededelingsrecht (*C More Entertainment*, par. 23-25). Het beschikbaarstellingsrecht beschermt handelingen die voldoen aan twee voorwaarden: het bedoelde publiek in staat stellen toegang te hebben tot het beschermde materiaal in kwestie op een individueel gekozen plaats én een individueel gekozen tijdstip (*C More Entertainment*, par. 25) of "interactieve doorgifte op aanvraag" (*C More Entertainment*, par. 26).

Het gelijktijdig doorgeven van een live uitzending van een sportwedstrijd is géén beschikbaarstelling. Het HvJEU duidt het niet uitdrukkelijk maar bij een lineaire uitzending heeft het kijkerspubliek niet te kiezen wanneer de wedstrijd bekeken wordt. Dit wordt namelijk door de omroep bepaald. Evenwel staat het de lidstaten vrij om een ruimere bescherming te voorzien voor houders van naburige rechten (in dit geval omroeporganisaties) en, op basis van de Richtlijnen Informatiemaatschappij en Verhuurrecht, een exclusief recht toe te kennen op de mededeling van uitzendingen (*C More Entertainment*, par. 36).

2. "Publiek"

38. Een mededeling van een werk is slechts beschermd indien deze aan een "publiek" gericht is. De Richtlijn Informatiemaatschappij definieert dit begrip "publiek" niet. Meer nog, uit de voorbereidende werken blijkt dat dit "publiek" volgens de Europese wetgever naar nationaal recht beoordeeld moest worden⁵².

Dat was buiten het HvJEU gerekend. In *SGAE* werd van het omgekeerde principe uitgegaan: voor het begrip "publiek" wordt niet uitdrukkelijk naar het nationale recht verwezen, zodat het een "autonome en eenvormige betekenis" gegeven moet worden (*SGAE*, par. 31). En zo kon het HvJEU de invulling die het in *Lagardère* aan het begrip "publiek" gegeven had in het kader van de kabeltransmissie veralgemenen naar het "publiek" van het recht van mededeling aan het publiek in de Richtlijn Informatiemaatschappij.

39. **Invulling.** Een "publiek" onder het algemene mededelingsrecht is dus aanwezig wanneer een "onbepaald aantal potentiële televisiekijkers" gevisieerd wordt (*SGAE*, par. 37)⁵³. Wanneer in een hotel een televisie-uitzending

⁵² Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society, COM(97)0628, O.J. C 108, 7 April 1997, 25.

⁵³ Het was misschien niet de meest gelukkige keuze om de definitie van het « publiek » uit *Lagardère* (in het kader van de Richtlijn Satelliet en Kabel) zonder reserves over te nemen, aangezien deze definitie op haar beurt weer overgenomen was uit *Mediakabel* (een uitspraak in het kader van de richtlijn Televisie zonder grenzen). De Richtlijnen Satelliet en Kabel en Televisie zonder Grenzen werden samen aangenomen om een Europese audiovisuele ruimte tot stand te brengen en betroffen televisieomroepen, zodat er een gemeenschappelijk begrip van "publiek" zin had. Het mededelingsrecht in de Richtlijn Informatiemaatschappij beslaat evenwel een grotere diversiteit aan mededelingen dan televisie-uitzendingen en kan ook "publieken" in meer gevarieerde vormen dan een "onbeperkt aantal" potentiële ontvangers beslaan. Strikt genomen is het aantal hotelgasten geen "onbeperkte" groep; de groep wordt noodzakelijkerwijze beperkt door de

doorgegeven wordt naar de hotelkamers waar de gasten verblijven, is er een mededeling aan een "publiek".

Het HvJEU kwam tot deze toepassing op basis van verschillende principes.

Ten eerste was er de "globale benadering" van het "publiek": er werd rekening gehouden met de gasten in de hotelkamers maar ook met de gasten die in andere ruimtes van het hotel naar de televisie konden kijken (SGAE, par. 38).

Verder werd overwogen dat de gasten in een hotel elkaar snel opvolgen en het "in de regel om een vrij groot aantal personen gaat" (SGAE, par. 38; ITV, par. 32; Svensson, par. 21)⁵⁴. Om dit na te gaan moet rekening gehouden worden met de cumulatieve gevolgen van de beschikbaarstelling van de werken aan potentiële kijkers, te weten de kijkers die tegelijk en achtereenvolgens tot het werk toegang hebben (SGAE, par. 39, ITV, par. 33; OSA, par. 29).

Het feit dat beschermd materiaal naar hotelkamers met een privé karakter doorgegeven werd (eerder dan de weergave in publiek toegankelijke delen van het hotel), was hierbij van geen belang. Het publiek bestaat in dit geval immers uit het geheel van potentiële kijkers of luisteraars in het geheel van kamers, die samen een publiek uitmaken (SGAE, par. 50). Dit is een andere hypothese dan de weergave in een publiek toegankelijke ruimte of in een gesloten ruimte waar toch een publiek aanwezig is. Op basis van een teleologisch argument stelt het HvJEU dat het recht van beschikbaarstelling (waarbij een individu kan kiezen waar en wanneer zij naar het werk kijkt of luistert) geen betekenis zou hebben indien het geen bescherming bood voor doorgiften naar privé ruimtes (SGAE, par. 51).

Later werd toegevoegd dat het feit niet relevant is dat kijkers toegang krijgen tot het werk via een een-op-een verbinding (door internet streaming), eerder dan radio-omroep ("broadcasting") (ITV, par. 34). Ook via internet streaming kan een groot aantal mensen tegelijk toegang tot hetzelfde werk, wanneer een catch-up dienst beschikbaar maakt voor alle mensen die in het Verenigd Koninkrijk verblijven, over een internetverbinding beschikken en bewerken een kijkvergunning te hebben (ITV, par. 35).

Net zo wordt een onbepaald en vrij groot aantal ontvangers geïmagineerd wanneer een aanklikbare link wordt aangebracht op een website, namelijk alle potentiële bezoekers van de website waarop de link is aangebracht en die dus op de link zouden kunnen klikken (Svensson, par. 22).

40. Publiek op afstand. Het mededelingsrecht wordt onder de Richtlijn Informatiemaatschappij geharmoniseerd voor zover het gaat om een mededeling aan een publiek op afstand, i.e. een "niet op de plaats van oorsprong van de mededeling aanwezig publiek" (cons. 23 Richtlijn Informatiemaatschappij).

Verrassend werd de gasten in een pub wel degelijk als een publiek op afstand gekwalificeerd in *FAPL*. Het HvJEU baseerde zich hiervoor op de tegenstelling met de "rechtstreekse afbeelding of uitvoering" of de "openbare opvoering en uitvoering" in artikel 11, lid 1, van de Berner Conventie, welk begrip ook ziet op de vertolking van werken voor het publiek dat direct fysiek contact heeft met de persoon die het werk opvoert of uitvoert" (*FAPL*, par. 201). De live uitvoering of

capaciteit van het hotel. Dat hoeft evenwel niet weg te nemen dat het om een "publiek" gaat. Het HvJEU koos evenwel om een eenvormige definitie te hanteren en moest dus een uitweg zoeken via de concrete invulling. Zie hierover: B. MICHAUX, "La Cour de justice interprète la notion de communication au public: l'arrêt SGAE/Rafaël Hoteles", *AM* 2007, 306; S. DEPREEUW, *The Variable Scope of the Exclusive Economic Rights in Copyright*, Kluwer Law International, 2014, 450.

⁵⁴ Opmerkelijk is dat in *Del Corso* niet overwogen werd dat, in geval van lineaire televisie-uitzendingen, het niet om hetzelfde ontvangers (in dat geval patiënten) ging, aangezien zij elkaar opvolgden en dus niet dezelfde uitzendingen zouden horen (*Del Corso*, par. 96).

opvoering in aanwezigheid van het publiek zou zo dus uit het begrip “mededeling aan het publiek” gesloten zijn, dat dus slechts een publiek op afstand viseerde (FAPL, par. 202).

Deze restrictieve interpretatie liet het HvJEU toe om te besluiten dat er wel degelijk een mededeling aan een publiek “op afstand” is wanneer een televisie-uitzending van een voetbalwedstrijd via televisietoestellen getoond wordt aan de bezoekers van een pub: de pub bezoekers hebben geen fysiek contact met de uitvoerders (voetballers?), zij zijn wel aanwezig op de plaats van de vertoning (de televisietoestellen in de pub) maar niet op de plaats van de oorsprong van de mededeling, i.e. de plaats van de uitgezonden opvoering (het voetbalstadion?)⁵⁵ (FAPL, par. 203).

41. Geen professionele distributeurs. Wanneer televisieprogramma’s over het kabelnetwerk of per satelliet aan het grote publiek verdeeld worden, maakt de omroeporganisatie de programma-dragende signalen veelal over aan de satelliet- of kabeldistributeur over via een private verbinding (punt-tot-punt verbinding) waartoe het algemene publiek geen toegang heeft. Er worden dan twee transmissies gedaan: (1) van de omroep aan de kabel- of satellietoperator en (2) van de kabel- of satellietoperator aan haar klanten (abonnees).

De vraag werd gesteld in *SBS* of deze eerste gesloten transmissie (van de omroep naar de kabel- of satellietoperator) als een mededeling aan het publiek gezien moest worden. Het HvJEU beantwoordde deze vraag negatief. De omroeporganisatie geeft de programma-dragende signalen immers door aan “bepaalde individuele distributeurs zonder dat potentiële kijkers daar toegang toe kunnen hebben” (*SBS*, par. 22), te weten aan “bepaalde individuele ondernemers” (*SBS*, par. 23) en niet aan een “publiek” (i.e. een onbepaald aantal potentiële kijkers). In principe voert de omroep dus geen mededeling aan het publiek uit (aangezien de voorwaarden van een “mededeling” en een “publiek” cumulatief zijn – *SBS*, par. 24).

42. Aangezien de omroep de programma’s echter aan de distributeurs doorgeeft met het oog op de distributie aan hun abonnees, volgde de vraag of dit publiek van abonnees niet precies het publiek van de omroepen uitmaakte. Vast staat dat er in voorliggend geval slechts één publiek beoogd werd: het geheel van abonnees van de kabel- en satellietoperatoren (*SBS*, par. 28).

Wanneer de televisieprogramma’s echter naar dit publiek gebracht worden op basis van een geheel van technische transmissies door verschillende actoren, wordt de vraag gesteld welke van deze actoren verantwoordelijk zijn (alleen of samen) voor de beschermde handeling van mededeling aan het publiek.

De distributeur die de programma’s naar haar abonnees brengt is volgens het HvJEU meer dan een technische tussenpersoon die de ontvangst van de programma’s in een bepaald gebied mogelijk maakt. De distributeur verricht namelijk een “zelfstandige dienst” waarmee winst beoogd wordt, aangezien de abonnees de abonnementsprijs aan de distributeur (niet aan de omroep) betalen

⁵⁵ Er kunnen wel wat vraagtekens geplaatst worden bij de redenering van het HvJEU. Indien we abstractie maken van de auteursrechtelijke bescherming van de voetbalwedstrijd, dan is het geval van FAPL eerder te vergelijken met de verschillende gevallen in art. 11 en 11bis BC: (1) een opvoering in aanwezigheid van een publiek (zoals voorzien in art. 11 BC), (2) een televisie-uitzending door de televisieomroep aan een publiek van televisiekijkers (zoals in art. 11bis(1)(i) BC) en (3) de openbare mededeling van de uitgezonden openbare uitvoering door middel van luidsprekers en soortgelijke middelen aan het daar aanwezige publiek (zoals in art. 11bis(1)(iii) BC). We kunnen dus drie beschermde handelingen onderscheiden die elk een eigen publiek bereiken. Het HvJEU lijkt zich dus van een kunstgreep te bedienen door voor de derde mededeling vast te stellen dat er een vertoning is in aanwezigheid van het publiek, maar voor de “oorsprong” van de vertoning terug te grijpen naar de eerste opvoering onder (1).

met het oog op de toegang tot het beschermd materiaal (SBS, par. 29). Het HvJEU bevestigt hiermee zijn oordeel in *Airfield*.

Toch erkent het HvJEU dat de distributeur mogelijk "geen autonome positie heeft ten opzichte van de omroeporganisatie" en dat de verrichte distributie mogelijk "zuiver technisch van aard" is, zodat de tussenkomst van de distributeur toch slechts een "technisch middel" zou zijn om een mededeling resp. de ontvangst in het ontvangstgebied mogelijk te maken⁵⁶. Mocht de nationale rechter oordelen dat dit het geval is, dan kan het geheel van abonnees van de distributeurs gezien worden als het publiek van de mededeling die de omroeporganisaties deden en heeft de omroeporganisatie de "mededeling aan het publiek" (mee?) tot stand gebracht (SBS, par. 33).

De taak van de nationale rechter is, samengevat, na te gaan of de tussenkomst van betrokken distributeurs "slechts louter (sic) een technisch middel" is. (SBS, par. 34). Het HvJEU geeft evenwel niet meer aanwijzingen over de invulling van de "louter" technische prestatie en hoe de autonomie van de distributeurs ten aanzien van de omroepen ingevuld kan worden. De relatie tussen omroepen en distributeurs behelst naast technische aspecten ook commerciële en editoriale aspecten⁵⁷ die een invloed kunnen hebben op de "autonomie" van distributeurs. Het is evenwel niet uitgesproken in welke mate de nationale rechter hiermee rekening kan houden.

3. Opeenvolgende mededelingen

43. Merendeel van de zaken die voor het HvJEU gebracht werden betroffen het hergebruik van beschermd materiaal, meer bepaald televisie-uitzendingen die opnieuw weergegeven of doorgegeven werden. Een mededeling kan immers deel uitmaken van een hele keten van mededelingen aan het publiek en het is niet altijd eenvoudig de eerste van de volgende mededeling te onderscheiden en te bepalen of er telkens sprake is van een beschermde mededeling aan het publiek.

De Richtlijn Informatiemaatschappij geeft niet aan hoe, in geval van "hergebruik", de verschillende mededelingen aan het publiek in een dergelijke exploitatieketen afgebakend kunnen worden. In tegenstelling tot de Berner Conventie, worden in de Richtlijn geen criteria bepaald die de rechter toelaten op basis van meer objectieve criteria verschillende scenario's onderscheiden⁵⁸.

De vraag kwam voor het eerst voor het HvJEU in de zaak *SGAE*. Om te bepalen of een bepaalde interventie (het doorgeven van ontvangen televisieprogramma's naar de individuele hotelkamers) een mededeling aan het publiek uitmaakte, onderscheiden van de eerste mededeling aan het publiek (televisie-uitzending), onderzocht het HvJEU of er een "nieuw publiek" geïdëntificeerd werd. Wanneer de kring van aangesproken kijkers of luisteraars groter of anders samengesteld is dan het oorspronkelijke publiek, dan is er een bijkomende mededeling waarvoor de voorafgaande toestemming van de rechthebbenden opnieuw vereist is. Later in de zaak *ITV* werd deze test genuanceerd en aangevuld door een technologie-test.

⁵⁶ Het HvJEU refereert aan de zaken *Airfield* en *Premier League*, waar in de aangewezen paragrafen sprake is van enerzijds technische middelen om de ontvangst mogelijk te maken of te verbeteren binnen een ontvangstgebied (FAPL, par. 194, *Airfield*, par. 79) en anderzijds technische middelen om de mededeling mogelijk te maken (*Airfield*, par. 74). Het onderscheid tussen beide situaties wordt niet consistent gemaakt.

⁵⁷ Zo kan gedacht worden aan het feit dat de omroepen eigen commerciële (advertentie) inkomsten kunnen hebben en de inhoud en het zendschema van (lineaire) televisieprogramma's bepalen.

⁵⁸ Zie bijvoorbeeld art. 11bis BC waarin de radio-uitzending (draadloos) als primaire mededeling bepaald worden en twee secundaire mededelingen die op deze initiële uitzending volgen (de doorgifte door een andere organisatie en de publieke ontvangst).

We zullen deze verschillende testen onderzoeken.

44. **Nieuw publiek.** De test van een "nieuw publiek" werd voor het eerst toegepast in SGAE. Het HvJEU onderzocht of een doorgifte van uitgezonden televisieprogramma's naar de individuele kamers een onderscheiden mededeling aan het publiek uitmaakte en ging daarvoor na of deze mededeling binnen het hotel een "nieuw publiek" wilde bereiken ten opzichte van het publiek van de initiële uitzending.

Dit criterium van een "nieuw publiek" werd afgeleid uit het geval omschreven in Artikel 11bis(1)(ii) van de Berner Conventie⁵⁹, wat het HvJEU begreep als een mededeling "ten behoeve van een ander publiek dan het door de oorspronkelijke mededeling van het werk beoogde publiek, dat wil zeggen een nieuw publiek" (SGAE, par. 40).

In navolging van de Berner Conventie, zoals geïnterpreteerd in de Gids van de Berner Conventie⁶⁰, legde het HvJEU uit dat de auteur bij de instemming met de initiële uitzending (via radio-omroep) een bepaald publiek voor ogen heeft, namelijk de "directe consumenten", de "bezitters van ontvangsttoestellen die, individueel of in hun privé- of gezinssfeer, de uitzendingen ontvangen" (SGAE, par. 41). Wanneer de ontvangst een "veel groter gehoor" bereikt (eventueel met winstoogmerk), gaat het niet meer om een "privé-ontvangst" maar een "publieke ontvangst" door middel van luisprekers of dergelijke toestellen (zoals televisietoestellen) waarop het exclusief recht van de auteurs van toepassing is.

Het criterium van het "nieuwe publiek" dat het HvJEU ontwaart in Artikel 11bis(1)(iii) BC wordt vervolgens toegepast op het geval van de hotelier die uitgezonden werken "ten gehore" brengt "door middel van televisietoestellen" (SGAE, par. 42). Het HvJEU stelt vast dat hotelgasten een "nieuw publiek" vormen (ten opzichte van het initiële publiek van televisie-eigenaars die de uitzendingen in privékring ontvangen). De tussenkomst van de hotelier gaat verder dan het uitvoeren van technische middel om de ontvangst van de uitzending (door bezitters van televisietoestellen) mogelijk te maken binnen het ontvangstgebied van de initiële uitzending (SGAE, par. 42). Het HvJEU maakt hierbij geen onderscheid tussen de doorgifte naar de individuele hotelkamers

⁵⁹ I.e. een mededeling die door een andere organisatie van wederdoorgifte dan de oorspronkelijke organisatie wordt gedaan.

⁶⁰ Het is ongelukkig dat zich hier beriep op de uitleg die de Gids van de Berner Conventie voorzag bij het geval van Artikel 11bis(1)(iii) BC, te weten de publieke ontvangst (gecontrasteerd met de ontvangst in privékring) : zie C. MASOUYÉ, *Guide to the Berne Convention*, Geneva, World Intellectual Property Organization, 1978, 69. Het geval in SGAE betrof in de eerste plaats echter niet de "publieke ontvangst", maar de doorgifte naar individuele kamers, dat meer in het geval van Artikel 11bis(1)(ii) BC viel. Voor deze bepaling werd bij de herziening van de Berner Conventie het criterium van het « nieuwe publiek » overwogen maar achterwege gelaten omdat het moeilijk toe te passen was (zie Documents de la Conférence réunie à Bruxelles du 5 au 26 juin 1948, Bureau de l'Union internationale pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques, 1951, 290). In de plaats van het "nieuwe publiek" werd eerder gekeken naar welk organisme de mededeling tot stand brengt (te weten een ander organisme dan de omroeporganisatie). Zie verder S. RICKETSON & J. C. GINSBURG, *International Copyright and Neighbouring Rights. The Berne Convention and Beyond*, Oxford, University Press, 2006, 733-734; M. M. WALTER, "Télédistribution et centrales radiophoniques: Convention de Berne et droit d'auteur européen", *Le droit d'auteur* 1974, (314) 316; DEPREEUW, *The Variable Scope of the Exclusive Economic Rights in Copyright*, 286, 460. Het is o.i. jammer dat het HvJEU het onstabiele criterium van het "nieuwe publiek" doet herleven. Het is immers onduidelijk of de omschrijving van het initiële publiek en het volgende "publiek" gebaseerd wordt op de concrete omstandigheden van elk geval (i.e. de kring van toehoorders waar de auteur daadwerkelijk mee toegestemd heeft) dan wel op een meer gestandaardiseerd gebruik of een exploitatiewijze (zonder dat de auteur per geval kan aantonen dat er bijzondere voorwaarden van toepassing waren). De "toestemming" van de auteur brengt o.i. een rechtsonzekerheid mee die met andere criteria vermeden kon worden.

waar televisietoestellen geïnstalleerd zijn en de weergave op televisietoestellen in de publiek toegankelijke ruimtes van het hotel.

45. **Verdere toepassing.** Dit criterium van een “nieuw publiek” werd verder toegepast om een “mededeling aan het publiek” vast te stellen in de arresten die na *SGAE* uitgesproken werden. Het HvJEU stelde niet uitdrukkelijk dat het criterium gebruikt werd om opeenvolgende mededelingen aan het publiek van elkaar te onderscheiden (al kwam het daar wel op neer, aangezien het criterium toegepast werd in gevallen van hergebruik).

Samengevat wordt nagegaan of “het uitgezonden werk ook nog wordt vertoond aan een nieuw publiek, dat wil zeggen een publiek waarmee de auteurs van de beschermde werken geen rekening hielden toen zij toestemming gaven voor het gebruik ervan voor de mededeling aan het oorspronkelijke publiek” (FAPL, par. 197; OSDD, par. 38; Svensson, par. 24).

Dit is het geval wanneer een televisie-uitzending op een “publiek toegankelijke plaats wordt vertoond ten behoeve van een extra publiek dat door de bezitter van het televisietoestel wordt toegelaten om het werk te horen of te zien” (FAPL, par. 198), bijvoorbeeld in een pub waar de televisie-uitzendingen aan de aanwezige klanten getoond worden.

Dit is niet het geval wanneer een werk op een publiek en vrij toegankelijke webpagina gepost wordt (eerste mededeling) en naar deze webpagina een link gelegd wordt (tweede mededeling) waardoor hetzelfde werk toegankelijk gemaakt wordt voor het publiek van de linkende pagina (Svensson, par. 25). Het idee is dat het doelpubliek van de tweede mededeling deel uitmaakt van het doelpubliek van de eerste mededeling en er dus geen “nieuw publiek” geïmagineerd wordt. De eerste mededeling (oorspronkelijke web post) was gericht op alle potentiële bezoekers van de website, die vrij toegankelijk was voor alle internetgebruikers (aangezien toegang tot de website niet beperkt was door – technische of andere – maatregelen). Het doelpubliek van de tweede mededeling (de webpagina waarop de hyperlink is aangebracht) had dus rechtstreeks toegang tot de werken op de initiële webpagina: ook zonder de hyperlink hadden surfers van de geposte werken kennis kunnen nemen. Deze bezoekers waren van in het begin dus mogelijke ontvangers van het werk (zoals gepost op de initiële pagina) en dus “een onderdeel van het publiek dat door de houders van het auteursrecht in aanmerking werd genomen toen zij toestemming verleenden voor de oorspronkelijke mededeling” (Svensson, par. 27).

Dezelfde redenering gaat op voor embedded links, waarbij de bezoekers van de linkende website van het werk kennis kunnen nemen binnen de linkende website (zonder zich dus via de hyperlink te begeven naar de webpagina waar het werk oorspronkelijk op gepost werd) (Svensson, par. 29-30, Bestwater, par. 18). Omgekeerd is er wel een nieuw publiek wanneer de mededeling op de initiële website beperkt is tot een bepaald publiek (b.v. een betalend publiek) en door middel van de hyperlink deze beperking (b.v. technische maatregelen) omzeild kunnen worden. Hierdoor wordt het werk toegankelijk gemaakt voor een publiek dat niet in overweging genomen werd wanneer de auteur de toestemming gaf voor de initiële mededeling (aan het welbepaald publiek), zodat de hyperlink wel een “nieuw publiek” zou viseren en de toestemming van de auteur nodig zou zijn (Svensson, par. 31). Hiervan geeft het HvJEU twee voorbeelden, namelijk het toegang geven tot een werk dat niet langer publiek beschikbaar op de website of tot een werk dat slechts beschikbaar is voor een bepaald publiek (waartoe de bezoekers van de tweede website niet behoren).

46. **Technische werkwijze.** De test van het “nieuwe publiek” werd in *ITV* aangevuld met een bijkomend criterium, dat de technische werkwijze van beide mededelingen in overweging nam.

In *ITV* ging het om een eerste mededeling aan het publiek met toestemming van de rechthebbenden (de televisie-uitzending via draadloze signalen) en een tweede mededeling (de gelijktijdige streaming van de uitgezonden programma's) zonder toestemming. Beide mededelingen waren gericht op identiek samengestelde publieken, namelijk personen die in het Verenigd Koninkrijk verbleven en in het bezit waren (of die dit toch beweerden) van een kijklicentie. Strikt genomen was er volgens het criterium in de voorgaande beslissingen dus geen "nieuw publiek" bij de tweede mededeling. Het HvJEU ging dus uitdrukkelijk aandacht besteden aan het technische onderscheid tussen beide mededelingshandelingen.

Dat deze tweede mededeling beschermd kan zijn, staat buiten kijf. Elke doorgifte of wederdoorgifte kan beschermd worden en het mededelingsrecht wordt niet uitgeput door een eerste mededeling met toelating van de auteur per draad of draadloos, inclusief uitzending, kan onder het exclusief recht vallen (*ITV*, par. 23). Het HvJEU komt tot het besluit dat de "Uniewetgever, door een regeling vast te stellen voor situaties waarin een bepaald werk meermaals wordt gebruikt, heeft gewild dat elke doorgifte of wederdoorgifte van een werk waarbij een specifieke technische werkwijze wordt gebruikt, in beginsel individueel door de auteur van het betrokken werk wordt toegestaan" (*ITV*, par. 24).

Samengevat, wanneer de "wederdoorgifte" gebeurt volgens een "specifieke technische werkwijze die verschilt van de werkwijze voor de oorspronkelijke mededeling" is er een mededeling, die alleen met de toestemming van de auteur kan plaats hebben indien zij tot een "publiek" gericht is (*ITV*, par. 26).

De tweede doorgifte (streaming) is dus een bijkomende mededeling aan het publiek, ook al wordt geen "nieuw publiek" aangesproken. Het HvJEU onderscheidde het geval van *ITV* van de voorgaande gevallen (*SGAE*, *FAPL*, *Airfield*) zodat het criterium van het "nieuw publiek" niet afgeschreven hoeft te worden (*ITV*, par. 38). De voorgaande zaken werden volgens het HvJEU gekenmerkt door situaties "waarin een ondernemer door zijn bewuste interventie een uitzending met beschermde werken toegankelijk had gemaakt voor een nieuw publiek waarmee de betrokken auteurs geen rekening hebben gehouden toen zij de betrokken uitgezonden doorgifte hebben toegestaan". In het geval van *ITV* daarentegen, ging het om "de doorgifte van de werken die zijn opgenomen in een uitzending via zendmasten en de beschikbaarstelling van deze werken op internet", te weten twee "doorgiften onder specifieke technische omstandigheden [...], met een andere manier van doorgifte van de beschermde werken en elk bestemd voor een publiek". Hieruit volgt dat het HvJEU de voorwaarde van het nieuwe publiek niet meer subsidiair hoeft te onderzoeken, aangezien "die [voorwaarde] enkel relevant is in de situaties waarover het Hof zich heeft moeten uitspreken in de zaken die hebben geleid tot de reeds aangehaalde arresten *SGAE*, *Football Association Premier League* e.a., alsook *Airfield* en *Canal Digitaal*" (*ITV*, par. 39).

Het onderscheid tussen de gevallen in *SGAE*, *FAPL* en *Airfield* en het geval in *ITV* blijkt voor het HvJEU zo evident dat het dit onderscheid uitlegt. Het onderscheid is evenwel minder vanzelfsprekend, wanneer vastgesteld wordt dat in *SGAE* en *FAPL* (anders dan in *Airfield* maar net als in *ITV*) de eerste en de tweede mededelingen door verschillende technische middelen tot stand gebracht werden (namelijk (1) een uitzending via omroep en (2) een doorgifte naar kamers in *SGAE* en (1) een uitzending via satelliet en (2) een weergave via een televisietoestel in een publiek toegankelijke ruimte in *FAPL*).

47. Tussenstand. Voorlopig wordt de "vaststaande rechtspraak" weergegeven als in *BestWater*: om een mededeling aan het publiek vast te stellen in de zin van Artikel 3(1) richtlijn Informatiemaatschappij moet het werk volgens een specifieke techniek meegedeeld worden, die verschilt van de

technieken die tot dan gebruikt zijn. In het andere geval moet het werk aan een nieuw publiek meegedeeld worden, te weten een publiek dat de houders van het auteursrecht niet in overweging genomen hebben wanneer zij de initiële mededeling van hun werk aan het publiek toegestaan hebben (BestWater, par. 14).

4. Andere factoren

48. Naast de noodzakelijk elementen van het exclusieve recht (de "mededeling", het "publiek") heeft het HvJEU soms bijkomende factoren in overweging genomen, waarvan het belang niet altijd even duidelijk is.

Daarnaast heeft het ook een aantal factoren uitdrukkelijk uitgesloten.

49. **Winstoogmerk.** Een wederkerende vraag is of het winstoogmerk van diegene die de mededeling doet een rol speelt bij de totstandkoming van de mededeling aan het publiek. De vraag is dan of een mededeling aan het publiek zonder winstoogmerk niet beschermd zou zijn en geen voorafgaande toestemming (of vergoeding) zou vereisen.

Het HvJEU heeft al in *SGAE* geoordeeld dat het (commercieel) voordeel dat de hotelexploitant uit de mededeling kan halen een rol speelt. Doordat de hotelgasten op hun kamer naar televisieprogramma's kunnen kijken, genieten zij een extra dienstverrichting, wat de standing van het hotel ten goed komt en in een hogere prijs per nacht vertaald kan worden (*SGAE*, par. 44). De hoteleigenaar kan dus een commercieel voordeel genieten, dankzij de beschikbaarheid van televisieprogramma's in de kamers. Het HvJEU verduidelijkt dat het winstoogmerk geen noodzakelijke voorwaarde is voor de mededeling aan het publiek, maar omgekeerd verduidelijkt het HvJEU niet hoe de aanwezigheid van een winstoogmerk dan wel beoordeeld moet worden.

In *FAPL* werd het criterium niet bepaald verduidelijkt. Het HvJEU wees er op dat "het niet irrelevant is dat een „mededeling“ (...) een winstoogmerk heeft (*FAPL*, par. 204). Net als de hoteleigenaar in *SGAE*, heeft ook een pub eigenaar een commercieel voordeel bij het vertonen van televisie-uitzendingen in haar pub, aangezien hierdoor mogelijk meer geïnteresseerde klanten naar die pub aangetrokken kunnen worden, wat dan weer een positief effect op haar omzet kan hebben (*FAPL*, par. 205). Ook hier werd vastgesteld dat er een winstoogmerk was, maar zonder de juridische gevolgen van deze vaststelling te verduidelijken.

In *ITV* werd de "niet irrelevante" rol van het winstoogmerk bevestigd maar werd eveneens in herinnering gebracht dat het winstoogmerk "niet absoluut een noodzakelijke voorwaarde is voor het bestaan zelf van een mededeling aan het publiek" (*ITV*, par. 43). Duidelijker werd gesteld dat het winstoogmerk niet bepalend is en dat het niet van belang is dat een retransmissie via internet streaming door reclame gefinancierd is (*ITV*, par. 43-44).

50. **Andere organisatie dan omroep.** In *SGAE* stelde het HvJEU incidenteel ook vast dat de tweede mededeling door een andere organisatie dan de initiële omroeporganisatie volbracht werd. Het HvJEU leek deze vaststelling echter meer te zien als een bevestiging van het "nieuwe publiek" criterium (*SGAE*, par. 40).

Ook in *ITV* antwoordde het HvJEU dat de internet stream tot stand gebracht werd door een andere organisatie dan de omroep, omdat de verwijzende rechter de vraag gesteld had maar zonder hierop verder in te gaan (*ITV*, par. 40). Wel werd verduidelijkt dat het niet relevant is dat de onderneming die de gelijktijdige doorgiften of achtereenvolgende wederdoorgiften van auteursrechtelijk beschermde werken verrichten rechtstreeks concurreert met de omroep die de initiële uitzending gedaan had (*ITV*, par. 46).

E. Besluit

51. Het belang van de rechtspraak van het HvJEU inzake het recht van mededeling aan het publiek zal niemand nog ontkennen. Alleen al uit het aantal prejudiciële vragen van de nationale rechters over de invulling en toepassing van dit het algemene recht van mededeling aan het publiek in de Richtlijn Informatiemaatschappij en de bijzondere mededelingsrechten in de andere Richtlijnen blijkt dat deze schijnbaar eenvoudige begrippen moeilijk te vatten zijn.

Zeker wanneer het recht toegepast moet worden op nieuwe technologieën (zoals internet streaming of hyperlinking), op hergebruik in een keten van exploitaties of complexe technische constructies wordt duidelijk dat het "recht van mededeling aan het publiek" weinig houvast biedt. Dit maakt de rol van de rechter – zeker de Europese rechter – alleen maar belangrijker.

52. De rechtspraak van het HvJEU heeft een aantal begrippen gekristalliseerd ("mededeling", "publiek"), maar laat op bepaalde punten toch rechtsonzekerheid.

Zo is (tenminste voor deze auteur) de alternatieve toepassing van de "nieuw publiek" en "specifieke technologie" testen nog niet helemaal duidelijk en stoot de inhoud ervan ook nog op een aantal praktische en theoretische bezwaren (zoals de toepassing ervan in het licht van de Berner Conventie).

Conceptueel rijzen vragen bij de verhouding tussen de "mededeling aan het publiek" in het auteursrecht en de naburige rechten (zoals in Del Corso aangetoond werd). Idealiter zouden de begrippen op elkaar afgestemd worden, zodat met eenvormige begrippen gewerkt kan worden. Op basis van fijnere criteria kunnen dan verschillende rechtsgevolgen bepaald worden (zoals loutere vergoedingsrechten voor bepaalde rechthebbenden aan bepaalde voorwaarden).

Even conceptueel is de verhouding tussen de notie van "mededeling aan het publiek" en de sub-rechten, zoals de "uitzending" en de "beschikbaarstelling", niet altijd even coherent toegepast. In de richtlijnen en in de voorbereidende werken worden deze specifieke mededelingsvormen voor bepaalde exploitatievormen geconcipieerd en dus ingebed in een bepaalde technisch-economische context. Het HvJEU heeft hiervoor niet altijd aandacht, waardoor de "uitzending" ook voor een weergave in bijzijn van het publiek gebruikt wordt (Del Corso) of een "beschikbaarstelling" toegepast wordt op de lineaire doorgifte van televisie-uitzendingen in hotelkamers (SGAE).

Hierdoor dreigt de eigenheid van deze mededelingsvormen te verwateren en dreigt het doel van de bescherming door het exclusieve recht moeilijker gevat te worden.

53. Terwijl het HvJEU wel tot een invulling van de afzonderlijke constitutieve elementen van het mededelingsrecht komt, blijkt het moeilijker de beschermde handelingen globaal te beoordelen. Het is niet altijd even duidelijk welke onderliggende waarde beschermd moet worden. Het HvJEU lijkt ook voor het mededelingsrecht meer aandacht te krijgen voor het technologische gegeven, net zoals het HvJEU het reproductierecht op een (louter) technische wijze benadert.

Nochtans leent het recht van mededeling aan het publiek zich beter tot een teleologische benadering, waarbij de exploitatie van het werk voorop staat en bescherming verdient. Telkens kan onderzocht worden op welke manier een werk geëxploiteerd kan worden door het tot bij een bepaald publiek te brengen. Niet alleen de vraag van de exploitatie maar ook de exploitatie-wijze laten dan toe de omvang van de bescherming door het mededelingsrecht maar ook de grenzen aan de beschermingsomvang te bepalen.

Met een oog op de bescherming van de exploitatie van het werk – door middel van een mededeling aan het publiek in een bepaalde exploitatiewijze – kan het HvJEU ook een meer open lijst van factoren van belang hanteren (zoals de identiteit van entiteiten die de mededeling tot stand brengen, de aangewende technologie en de technische constructie en het potentiële verdienmodel, de commerciële belangen en de financiële stromen die in abstracto tot stand gebracht kunnen worden op basis van de mededeling aan het publiek). De Berner Conventie heeft zo verschillende elementen in de definitie van de specifieke mededelingsrechten opgenomen en het HvJEU zou naar gelijkaardige elementen kunnen zoeken. Dit zou een coherente invulling van het recht van mededeling aan het publiek en de rechtszekerheid o.i. ten goede komen.